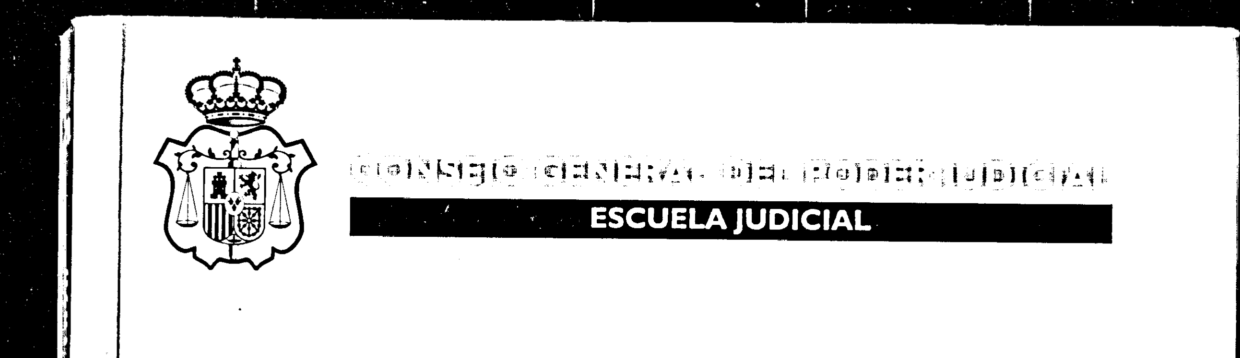


De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870

Cuadernos de Derecho Judicial

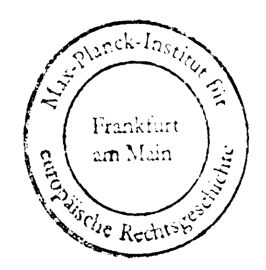
Cuadernos de Derecho Judicial
VI - 2006

DE JUSTICIA DE JUECES A JUSTICIA DE LEYES: HACIA LA ESPAÑA DE 187

COORDINADORA
Marta Lorente Sariñena
Universidad Autónoma de Madrid



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
CENTRO DE DOCUMENTACIÓN JUDICIAL



ISSN: 1134-9670
ISBN: 978-84-96518-98-8
Depósito legal: M. 2.470 - 2007

Imprime: LERKO PRINT, S.A.
Paseo de la Castellana, 121. 28046 Madrid

ÍNDICE

CAPÍTULO 6

LAS REGLAS DE JUEGO: HERENCIA PROCESAL Y CONSTITUCIONALISMO. M.ª Paz Alonso Romero. Universidad de Salamanca 209

3. LA JUSTICIA ISABELINA

CAPÍTULO 7

JUSTICIA DESCONSTITUCIONALIZADA. ESPAÑA, 1834-1868. Marta Lorente. Universidad Autónoma de Madrid. 243

PRESENTACIÓN (*)

Aun cuando tengo para mí que los libros se presentan solos, lo cierto es que alguna utilidad reviste examinar alguna o algunas de sus claves internas, en especial aquéllas que devienen un tanto misteriosas por contaminar con su presencia todo el texto. No sabría decir si el título elegido para encabezar la presente obra puede o no encuadrarse en esa categoría, pero lo que resulta indudable es que no responde a las convenciones más extendidas. De seguirlas, lo más probable es que el lector tuviera en sus manos unos *Antecedentes históricos de la Ley Provisional Orgánica del Poder Judicial* o, incluso, una *Historia de la Justicia en España* (c. 1200-1870), pero no una obra que pretende hacer historia de la justicia de los jueces y de la justicia de las leyes.

A nadie debería sorprender que un lector bien informado se preguntase por lo que de arbitrario tiene establecer una dicotomía entre hombres y leyes en lo que hacer justicia se refiere, ya que nadie o casi nadie pone hoy en duda que la legitimación de los jueces reside, esencial y básicamente, en la aplicación de las leyes. Otra cosa bien distinta es que profesionales de uno u otro signo se pregunten y debatan sobre el significado y límites del

---

(*) HICOES III (SEJ 2004-06696).

encargo encomendado a cualesquiera magistrados, pero, en resumen, no resulta demasiado comprometido convenir en que la ciudadanía de esta sociedad en la que nos ha tocado vivir no concibe que se pueda hablar de justicia sino identificándola a trazos muy gruesos con el estricto cumplimiento de la ley.

Sin embargo, esta, llamémosla así, percepción no es intemporal o, como creo que dirían algunos, natural; no se ha dado siempre y en cualesquiera sociedades, ni siquiera en aquellas que constituyen un precedente cultural de la nuestra. Muy por el contrario, tiene poco más de doscientos años, a lo que debiéramos añadir que su específica implantación y asimilación en la España decimonónica no corrió pareja a lo ocurrido en otros espacios nacionales: la vieja idea procedente de la cultura jurídica europea previa al momento revolucionario, que localizaba la justicia en la persona del juez y no en la aplicación de la ley, se mantuvo en nuestro país hasta la significativa fecha en la que se detiene la presente reflexión.

Así pues, el inusual título con el que hemos convenido identificar esta obra no trae causa de un afectado deseo de buscar la originalidad a toda costa; antes bien, es el resultado y no el origen de una reflexión conjunta que, a su vez, pone de relieve la existencia de una serie de presupuestos historiográficos compartidos por los autores de esta particular historia de la justicia. Claro está que no podía ser de otra manera, ya que todos los que hemos colaborado en ella formamos desde hace ya bastantes años un equipo de investigación que ha pretendido basar su existencia en la discusión de temáticas y opciones historiográficas más o menos comunes, y no en otro tipo de razones de signo académico o disciplinario que tanto abundan en el panorama universitario español.

En consecuencia, hemos pretendido que *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870* fuera un solo texto en el que se desgrana un argumento compartido, rechazando con ello el modelo de acumulación inespecífica de trabajos de especialistas en torno a un tema tan genérico como puede llegar a ser

la historia de la justicia. No obstante, hay que señalar que el esfuerzo no ha sido novedoso en cuanto al fondo, ya que cada capítulo recoge en apretada síntesis una serie de investigaciones o líneas de investigación previas que se han ido ajustando para conformar ese argumento compartido; por lo mismo, tampoco pretende ser una investigación exhaustiva, como bien podrá comprobarse en las breves notas a pie de página que sólo remiten a fuentes, así como en los comentarios bibliográficos que cierran cada uno de los capítulos y su posterior reflejo en una bibliografía general.

Con este libro, así como con el curso previo que lo generó, hemos querido aprovechar la excelente oportunidad brindada por el Consejo General del Poder Judicial para ofrecer al lector en general, y a los encargados de hacer justicia en especial, una particular reflexión sobre la historia de la justicia. Arrancando del análisis de las categorías generales de la cultura jurídica europea medieval y moderna, las cuales, a su vez, determinaron el diseño de dispositivos institucionales y procedimentales propios de esa Monarquía Católica a cuya peculiar quiebra asistimos en 1808, nuestra reflexión transita entre unas primeras y frustradas apuestas constitucionales de ámbito bicontinental y la particular constitución de un Estado administrativo peninsular a partir de 1834, para finalizar con la valoración de las luces encendidas por la Gloriosa y las sombras arrojadas por su forma de entender la constitucionalización de una nueva justicia.

En todo este largo recorrido cronológico se entremezclan conceptos e instrumentos institucionales, oficios y expedientes, procedimientos y casos, modelos constitucionales y políticas de la justicia... sin que con ello pretendamos reformular la clasificación de los animales del Emperador en versión historia de la justicia. Muy por el contrario, estamos convencidos de que los que presentamos son los mimbres más adecuados para tratar de conformar una forma de mirar al pasado que nos inmunice contra la proyección de significados y las justificaciones de signo historicista, enfermedades crónicas que de continuo acechan al

historiador. Pero la valoración del éxito o fracaso de esta empresa colectiva corresponde en exclusiva a quienes estén interesados en la comprensión de sociedades y culturas pretéritas; en definitiva, a los generosos lectores de *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*.

Marta LORENTE SARIÑENA
Cantoblanco, 12 de octubre de 2006

1. CULTURA JURISDICCIONAL

CAPÍTULO 1

LAS CATEGORÍAS BÁSICAS DE LA CULTURA JURISDICCIONAL

Alejandro Agüero
Universidad Autónoma de Madrid

LAS CATEGORÍAS BÁSICAS DE LA CULTURA JURISDICCIONAL

«El mundo se plantea de entrada como algo sobredeterminado... Todo es previsible, y por lo tanto todo está previsto, y la palabra clave de la sociedad mesoamericana es: orden.»

«En la sociedad india de antaño, el individuo no representa en sí mismo una totalidad social, sino que sólo es el elemento constitutivo de esta otra totalidad, la colectiva.»

(T. TODOROV, *La conquista de América. El problema del otro*, 1982.)

Introducción

Mientras la filosofía (incluso jurídica) del siglo XX nos hizo comprender que aquellos objetos que adscribimos al mundo de las instituciones están esencialmente constituidos por un determinado uso del lenguaje, la antropología de ese mismo siglo nos enseñó a procurar un conocimiento del "otro" que no estuviese predefinido, en la medida de lo posible, por nuestras propias categorías. En tanto que las prácticas sociales adquieren sentido institucional a través del lenguaje, el conocimiento de las instituciones resulta inevitablemente vinculado al conocimiento del discurso que, desde el momento que se refiere a ellas, las construye y sostiene en el tiempo.

Consciente de estas enseñanzas, la historiografía jurídica de las últimas décadas ya no pudo seguir hablando de las instituciones del pasado como si se tratase de objetos transtemporales, externos al discurso, abonando un juego no siempre ingenuo que implicaba una estrecha complicidad del historiador con su presente y que a la postre promovía la legitimación, por vía de "naturalización", de las formas propias de organización social y de ejercicio del poder. En otras palabras, cultivando un método radicalmente opuesto al que había sustentando su tradición disciplinar, los historiadores del derecho que asumieron aquellas lecciones de las ciencias sociales debieron aprender a rastrear el "punto de vista interno" (la *razón local*) de un lenguaje, de unas categorías (de unas instituciones) que les eran decididamente ajenos.

Ajenos, como el lenguaje con el que se construyen, resultan el derecho y las instituciones de una sociedad que no es la propia, se sitúe dicha alteridad en coordenadas espaciales o temporales. En este último caso se podrán compartir entre la sociedad presente y la pasada muchos significantes, pero ya se sabe que éstos por sí solos no constituyen lenguaje, ni menos aún, derecho. Es necesario traspasar la superficie textual para llegar a las creencias donde radican los significados. Todo un "imaginario" encriptado detrás del discurso, compuesto de convicciones que por su carácter constituyente no necesitan ser explicitadas para quien está (o estuvo) inmerso en esa "otra" sociedad, debe ser elucidado para comprender el pasado sin ordenarlo en función del presente.

Admitir la alteridad de la sociedad pasada y sus instituciones implica reconocer rupturas en el tiempo histórico, momentos de cambio que, movilizados por los más diversos estímulos, producen una transformación del imaginario, un reemplazo del paradigma cultural de referencia y una reasignación de significados. En una lectura discontinua de la historia las razones de cada "experiencia jurídica" deben leerse en el sentido local que le atribuye el discurso de sus protagonistas. El ejercicio de situarse en el "lugar del otro" exige asumir la relatividad de las relaciones entre significantes y significados, lo que, a su vez, implica reconocer la relatividad de las creencias fundantes de un orden social. La invitación al conocimiento de ese "otro" que se sitúa en el pasado es, al mismo tiempo, una propuesta de revisión crítica del proceso de construcción del "nosotros" presente. La historia de la justicia en siglo XIX es la historia de una transformación social jalonada por un discurso institucional novedoso que responde a un imaginario distinto, pero que se construye sobre (en algunos casos, "con") las ruinas del viejo edificio.

Entre el presente propio y el pasado ajeno se interpone una época de transición (más o menos larga según los casos) cuya lectura debe evitar la "pre-suposición" de los que vendrán a ser los elementos definitorios del nuevo orden. "Estado", "nación",

"constitución", "ley", "código", "gobierno", "administración" son expresiones que remiten a constructos para los que deberá transitarse una buena parte de aquél siglo en España hasta dar con una significación desvinculada del antiguo orden político, es decir, para encontrar un nuevo sentido institucional consolidado. Tal es el caso también de la "justicia", de la "administración de justicia" y del "Poder Judicial". Para evitar el espejismo de una historiografía que oculta la cesura bajo la aparente continuidad sostenida por un mismo elenco de significantes, es necesario revisar los puntos de partida, no del historiador presente, sino de los personajes que articulan el discurso jurídico político de finales del siglo XVIII y comienzos del XIX. Para ellos, naturalmente, la cesura no se percibe del mismo modo en el que lo hace quien mira el pasado conociendo el punto de llegada. Entonces, se habla de "novedades" pero se piensa aún en claves antiguas. ¿Cuáles eran éstas? ¿Cuáles eran los conceptos fundamentales, todavía *in mente*, de un orden político que comenzaba a disolverse y sobre cuyas ruinas (o con cuyas ruinas) empezaba a construirse otro? Las páginas que siguen se proponen responder a estas preguntas a partir de una perspectiva historiográfica que ha sabido considerar la alteridad del viejo orden socio político y que ha cifrado su rasgo de identidad bajo la noción de "cultura jurisdiccional".

I. Las claves culturales de un mundo distinto

Con la expresión "cultura jurisdiccional" se entiende un modo de organización y gestión del poder que se verifica con escasas variantes en todos los espacios políticos europeos desde la Baja Edad Media hasta finales del siglo XVIII, aquí sí, en sus estertores, con diferencias más marcadas según el escenario que se observe. En el caso de la que será la España decimonónica los tiempos no serán iguales a lo que pudieran predicarse de la Francia revolucionaria y, fundamentalmente, napoleónica. Sin

embargo, hasta ese momento de cambio, los elementos sustanciales de la tradición política se comparten aquí y allí, sostenidos por una teología moral común y por un *Ius Commune* que funciona todavía como discurso de referencia en el mundo de las instituciones.

Pero para comprender el derecho y las instituciones de una sociedad ajena, y para comprender ese peculiar modo de gestión del poder, es necesario previamente explicitar algunas de las creencias que operan a un nivel más profundo, a un nivel que se ha podido decir propiamente "constitucional" del orden social. Se trata de convicciones que derivan de una determinada lectura de la naturaleza y, como tal, resultan en buena medida indisponibles. Comencemos, pues, por sacar a la luz aquello que subyace a cualquier discurso jurídico político de Antiguo Régimen, aquello que por radicar en el propio imaginario constituye "sentido común" y adjudica "causa" y "razón" a las instituciones de un mundo distinto.

1. Orden trascendente y sociedad corporativa

En primer lugar, debe señalarse el carácter trascendente que en la cultura de antiguo régimen se asigna al orden social, esto es, la idea de que tanto la constitución (material) de la sociedad como las normas básicas de su estructura y organización derivan directamente de la textura de un universo de creación divina y, por lo tanto, están más allá de la voluntad de los hombres. La sociedad no se explica en función de un querer humano (individual o colectivo) sino que se integra, con la naturaleza terrenal y celestial, en la armonía que rige el orden de la creación. Aunque desde el siglo XVII las tesis contractualistas pudieran discutir esta convicción profunda de la cosmogonía cristiana, seguirá estando en la base de la concepción de justicia de la Monarquía católica hasta épocas bien tardías, como tendremos oportunidad de ver.

En segundo lugar, pero íntimamente vinculado con lo anterior, debemos recordar la impronta cultural que se relaciona con la concepción corporativa de la sociedad, esto es, con la creencia en la primacía de la comunidad sobre los individuos. No se trata de una primacía valorativa que jerarquiza los bienes colectivos sobre los individuales. Se trata de una "verdad" de orden ontológico, que deriva de la convicción de que los individuos sólo son, sólo existen, en tanto que partes de un agregado colectivo. La clave aquí radica en una lectura organicista de la comunidad política a través de la cual los teólogos medievales convirtieron a la iglesia, a partir de la imagen del *Corpus Christi*, en un "*Corpus Mysticum Ecclesiae*" y los juristas a cada comunidad en un "*corpus reipublicae mysticum*". Los conceptos que en este discurso determinan la existencia de una comunidad política (*persona ficta, universitas*) expresan la unidad esencial que vincula a sus miembros y la consecuente personificación de la misma. Por su parte, la noción orgánica (*corpus*) permite esquematizar la composición interna de la comunidad según un orden "natural" de jerarquía que distingue a los diversos componentes en función de su misión dentro del todo, fijando, a la vez, sus diferencias cualitativas y el carácter necesario e irreductible de cada uno.

Una reflexión historiográfica capaz de mirar al pasado en su radical alteridad puede canalizar la perplejidad ante "el otro" construyendo una imagen similar a la del historiador antropólogo que describe la "sociedad india de antaño". Intuyó Todorov (1982: 83) esta homología: "Por sus estructuras mentales, que lo ligan con la concepción medieval del saber, Colón está más cerca de aquellos que descubre que algunos de sus propios compañeros". Hoy la historiografía nos inclina a pensar que esa mentalidad "medieval" es aún más perdurable de lo que el adjetivo sugiere, especialmente en el campo de las instituciones, sin negar los cambios y tensiones que se pueden percibir desde los siglos modernos en la cultura europea.

Orden trascendente y corporación, son dos notas del imaginario de antiguo régimen que necesitamos destacar ahora para comprender después el discurso institucional relacionado con el concepto y función de la Justicia. Agreguemos ahora que la íntima cooperación de estos elementos permite conciliar la diversidad derivada de la personalidad orgánica con la que es concebida cada comunidad, con la armonía de un orden único y total, integrador, a su vez, de todas las comunidades. Los conceptos que denotan la existencia corporativa (*universitas, corpus*) son aplicados a las diversas manifestaciones asociativas en una escala que hace posible que aquél esquema de unidad, integración y jerarquía, tenga su reflejo especular en los diferentes rangos (i.e. familia, ciudad, reino, imperio) haciendo compatible la fragmentación política con la idea de una totalidad compuesta, armónica y jerarquizada, identificada con la noción de *ordo* universal.

2. *Otros elementos de un imaginario ajeno*

Tendremos tiempo de señalar la prolongada persistencia de estas convicciones estructurantes. Ahora es preciso aclarar que aquellas notas que hemos querido distinguir a los fines de nuestro discurso no son las únicas que determinan la alteridad del mundo institucional prerrevolucionario. Hay otras no menos relevantes que necesariamente concurren para componer un mismo imaginario donde es difícil discernir los contornos de cada elemento y el peso que cada uno de ellos tiene en la determinación del modo en que las instituciones son construidas. Pensemos, por ejemplo, en la primacía de la religión, como discurso de saber y como disciplina social que resiste con tenacidad en el mundo católico los embates de humanistas, racionalistas e ilustrados. Recordemos el efecto estructurante de la realidad derivado de la creencia en una ligazón material entre "las palabras y las cosas", donde cada palabra remite a una esen-

cia, a un modelo, de suerte que al mismo tiempo que los nombra, disciplina los objetos designados. Mencionemos, por último, las diferentes posibilidades argumentativas que proporciona a esta "otra" cultura un modo de razonamiento tópico, que discurre en forma casuística, que no se detiene frente a la contradicción y que se ordena siempre en torno a un modelo de conocimiento en el que prima la tradición y la autoridad última de unos textos sagrados.

No perdamos de vista, pese a la breve referencia, estos aspectos que, junto con los dos antes destacados, alejan el pasado de nuestro modo de comprender el orden social y que están, con dispar intensidad hacia finales del período, en constante interacción por debajo del discurso institucional de antiguo régimen. El énfasis en los dos aspectos de nuestra primera selección no es, de todos modos, caprichoso. Nos sirve ahora para comprender por qué la cultura jurídica de antiguo régimen construye un discurso de poder político vinculado, de forma excluyente, a su concepto de Justicia.

II. LAS CLAVES DE LA CULTURA JURISDICCIONAL

> «Si dovrà dunque supporre, che tutte le cose del mondo, overo tutte le azioni, ed operazioni umane, sono, o devono essere regolate dalla giustizia...»
> (G. B. DE LUCA, *Il dottor volgare*, 1673.)

1. La justicia como conservación del orden preestablecido

Si el orden (natural y social) es un dato originario, el poder no crea, ni constituye, sino que conserva y garantiza, y mantiene el equilibrio social "dando a cada uno lo suyo". La Justicia se convierte en función excluyente del poder político en la medida en que en ella se identifica la virtud que tiende "naturalmente"

a la conservación de equilibrios y proporciones preestablecidos. No se puede comprender este discurso de poder, ciertamente, si se olvida el carácter religioso de estas verdades.

Hagamos un pequeño ejercicio de constatación para que no se piense que estas reflexiones se apartan de nuestro objetivo de dar cuenta de una concepción de justicia en vísperas constitucionales. Bajemos al nivel capilar de la cultura jurídica de finales del siglo XVIII, al de los jueces locales, de primera instancia (algunos letrados, otros no) y preguntemos por la "justicia". Advertidos del imaginario, estamos en condiciones de enfrentar el texto y "tomar en serio" sus expresiones. Abrimos un "práctico" manual para jueces inferiores de 1785 y encontramos un primer parágrafo: "*Donde se define la Justicia*". Leamos la frase elegida por nuestro "doctor vulgar" para iniciar su lección.

> «Así como Dios nuestro señor es principio medio y fin de todas las cosas, así también es infinitamente bueno, sabio y justo, y en la Escritura santa se llama Fuente y Sol de *Justicia*. Por eso dice nuestro Código Español de las Partidas, que después que Dios hizo por su gran saber todas las cosas, mantuvo á cada uno en su estado, mostrando en esto su gran bondad y Justicia, y en qué manera la deben mantener aquellos que la han de *facer en la tierra*» (1).

Por mucho que el discurso dieciochesco impusiese la expresión "Código Español", el texto de autoridad que se trae aquí es castellano, del siglo XIII, y nada tiene de "código" en el sentido que había comenzado á adquirir esta expresión en la Europa de finales del XVIII y que acabaría siendo el de nuestros juristas de hoy. Junto con las Partidas, el autor cita a Castillo de Bovadilla

(1) GUARDIOLA Y SÁEZ, Lorenzo: *El corregidor perfecto y juez exactamente dotado de las calidades necesarias y convenientes para el buen gobierno económico y político de los pueblos y la más recta administración de Justicia en ellos*, Madrid 1785, págs. 1-2.

(notable fuente de conocimiento de la teoría y praxis jurídica castellana de comienzos del XVII), estableciendo así un punto de apoyo más cercano a su tiempo para dar solidez a una doctrina que no por medieval dejaba de ser operativa. Igualmente medieval (y operativa) era la lectura teológica (a partir de los textos clásicos romanos) que identificaba a la Justicia con la virtud cardinal que "*nos inclina a dar á cada uno lo que por derecho le pertenece*", como la aserción, igualmente sostenida en la literatura moral moderna, de que la "inviolable observancia de la Justicia" era el "fundamento principal de la Monarquía de España", o, por fin, de que "el verdadero oficio del Rey es hacer Justicia en su Reyno" (2).

De acuerdo con aquella doctrina medieval, cuando el poder humano entra en juego la sociedad ya está constituida y ordenada según unas reglas que alcanzan a toda la creación. En este sentido, Justicia puede ser mucho más que "dar a cada uno lo suyo"; o bien, en un sentido amplio, esta expresión puede significar mucho más de lo que nuestra perspectiva actual permite imaginar a simple vista. "Justicia" puede ser todo aquello que se ajusta a la precomprensión armónica de la creación que inculca la socialización católica. Por ello, nuestro práctico jurista de finales del XVIII considera pertinente incorporar en su texto nuevamente la autoridad de las Partidas y de Castillo de Bovadilla (quién a su vez remite a otras autoridades) para decir que la Justicia es, por ejemplo,

> «maestra de la vida, estirpadora de los vicios, origen de la paz del estado, defensa de la Patria, inmunidad del vulgo, fortaleza de las gentes, medicina de los males, júbilo de los vasallos, templanza del ayre, serenidad del mar, fertilidad de la tierra, consuelo de los pobres, herencia de los hijos...», etcétera (3).

(2) Idem, págs. 16 y 35, respectivamente.
(3) Idem, pág. 19.

Lo que hoy puede sonar a poética metáfora entonces podía tener pleno sentido de verdad moral en un texto destinado a jueces inferiores y escrito, según su título, "para el buen gobierno económico y político de los pueblos y la más recta administración de Justicia en ellos".

2. *El poder como Iurisdictio*

El sentido de aquella "verdad moral" no era otro que situar el campo último de referencia para decidir sobre lo justo e injusto en un momento necesariamente anterior a cualquier acto humano de poder. Fueron precisamente los juristas bajomedievales quienes, a partir de aquel imaginario, reescribiendo los textos romanos, elaboraron un discurso institucional que consagraba esta operación por la cual el ejercicio legítimo del poder quedaba definitivamente vinculado a dicha noción teológica de justicia. Para ello procedieron a reordenar los conceptos de las fuentes clásicas y, transformando el significado de un viejo significante, construyeron un concepto capaz de transmitir la imagen de aquella subordinación esencial del poder político a un orden normativo originario. Cualquier acto que pretenda ser el ejercicio de un poder "público legítimo", debe entenderse como un acto de manifestación de aquel orden. El concepto de "Iurisdictio" designa y disciplina, así, el papel del poder "público" en la sociedad bajomedieval y moderna.

Definida como la potestad "para declarar el derecho y establecer la equidad", la noción de *Iurisdictio* designa tanto el poder público para resolver una controversia (declarando el derecho) como el de dictar preceptos generales a partir de aquel campo normativo trascendente (estableciendo la equidad). La sentencia (quasi particularis lex) y la *lex* (la costumbre, el estatuto, la ordenanza, etc.) son actos de jurisdicción y como tales su virtud normativa consiste en reflejar, en un contexto específico, algún aspecto del orden trascendente. El valor de tales

actos de jurisdicción no deriva tanto de la condición institucional de la autoridad que los produce, cuanto del hecho de que son pensados como resultado de un proceso de "interpretación" de aquella textura universal establecida en el orden natural de las cosas. La dinámica jurídica se representa así como una actividad esencialmente interpretativa que tiene siempre como referencia aquel orden trascendente (divino, natural, orden de *ruda equidad*) que determina el marco de posibilidad de un derecho humano de carácter general o particular (*equidad constituida*).

Una de las consecuencias fundamentales de este enfoque sustancialista del lenguaje normativo radica en que la propiedad que hace que un enunciado pueda ser admitido como norma del sistema –si se permite esta expresión– resulta independiente del rango de la autoridad que la produce. Por lo tanto, cualquier intento de ordenar la pluralidad normativa de antiguo régimen en función de un esquema de jerarquía normativa basado exclusivamente en el elemento formal del grado de la autoridad que dicta la norma, cualquier pretensión de imponer la pirámide kelseniana sobre multiplicidad de ordenamientos corporativos y supracorporativos, resulta inconducente.

El realismo lingüístico, por su parte, refuerza la función prescriptiva de los conceptos que operan en este discurso: una ley "injusta" (es decir, que no es posible considerar como manifestación del orden trascendente) no es una "ley"; un "rey" injusto no es "rey" sino tirano o, como lo dice el jurista práctico que hemos elegido para que nos guíe por las vísperas constitucionales, quienes no administran rectamente la justicia ni cumplen con las obligaciones de su oficio, "*no pueden llamarse jueces*" (4). Ya no sorprenderá a nadie que la autoridad invocada en este caso, amén de las Partidas y Castillo, sean las Etimologías de San Isidoro de Sevilla.

(4) Idem, pág. 33.

El concepto de Iurisdictio y todos los que a partir de él se presentan como especies y subespecies, según casos y circunstancias, rigen y organizan los diversos dispositivos institucionales cuya misión es mantener la paz y dar a cada uno lo suyo, es decir, hacer justicia. La representación política y el gobierno de la comunidad en sus expresiones institucionales más definidas, corresponden siempre a la "Justicia", es decir, a la máxima autoridad dotada de Iurisdictio. Aquí sí se pueden establecer jerarquías en función del grado de poder jurisdiccional que se reconozca, esto es, en función del tipo de conflictos y del ámbito social sobre los cuales se tiene potestad para juzgar. Quién no reconoce superior, quien no puede ser juzgado por otro, ostenta la suprema jurisdicción y por ello se dice "soberano".

Pero, tal como se construye el poder a partir de estas categorías, todos los que se dicen autoridad pública con capacidad de tomar decisiones coactivas han de ser magistrados o tribunales. No se concibe una función pública capaz de constreñir con una orden legítima la situación de un súbdito que no este revestida de algún grado de jurisdicción. Quien pretendiese ejercer un poder tal sin ostentar algún tipo de Iurisdictio sería considerado por el jurista de antiguo régimen "*potius Executor, et Carnifex, quam Magistratus*" (MANNORI, 1997: 49)

3. *Intérpretes del orden y titulares de jurisdicción*

A) La fuerza de la doctrina

En la medida en que la *dinámica* jurídica se concibe en términos de hermenéutica del orden trascendente, el poder para determinar el derecho se identifica con la capacidad para operar como intérprete. Aquí cabe considerar no sólo a los titulares de jurisdicción. Los *doctores*, juristas y teólogos, también interpretan, leen en la tradición textual para emitir su *opinio* en las más diversas cuestiones. La doctrina, cuya expresión más autorizada

es aquella que se puede decir *comunis opinio*, constituye una importante fuente de normatividad que hace derivar de su prestigio social, de su *auctoritas* científica, su fuerza vinculante. Es la doctrina la que moviliza el discurso jurídico, introduciendo, cuando es necesario, innovaciones que no sustituyen el valor normativo las antiguas soluciones (dinámica *agregativa*), con relativa independencia de la autoridad política. En este sentido se ha dicho que el *Ius Commune* es un "derecho de juristas". Es en la tradición literaria, antes que en el catálogo de leyes reales, donde hay que buscar los rasgos esenciales de cualquier institución de antiguo régimen.

Sin embargo, la autoridad institucional se identifica en aquellos "intérpretes" que lo son en tanto que titulares de *Iurisdictio.* La facultad para decidir una controversia o para establecer preceptos generales se entiende también como una capacidad hermenéutica referida al orden, sólo que en este caso se dirá "*interpretación necesaria*", porque su fuerza vinculante deriva de su propia función institucional. En la medida en que el centro de gravedad en la determinación del derecho está en el momento de la *interpretación* (es decir, en la actividad de los magistrados) y no en las propiedades sistemáticas del campo normativo, se ha podido decir también que estamos ante una justicia de "jueces y no de leyes". Esto tendrá unas consecuencias fundamentales a la hora del diseño de los dispositivos institucionales, como se verá en el capítulo siguiente. Pero, ¿quienes son "titulares de jurisdicción"?

B) Corporación y jurisdicción

Un antiguo principio que se hace derivar de la "naturaleza de las cosas" califica a la jurisdicción como una propiedad inherente a cada comunidad política, como una cualidad del sujeto colectivo que se encuentra adherida a su territorio. En la metáfora organicista de la comunidad, a la jurisdicción le toca ocu-

par el lugar inmaterial del alma: así como los seres vivos tienen un alma que les gobierna, la comunidad tiene su jurisdicción. Titular originario de jurisdicción en esta perspectiva es el "pueblo" que conserva, en la tradición medieval, parte de la valencia política del *populus romanorum* de los textos clásicos. En cualquier caso, la concepción corporativa rechaza cualquier imagen del pueblo como un mero agregado de individuos. "Pueblo" ya implica una comunidad naturalmente integrada y jerarquizada. De modo que las referencias a él siempre se entienden hechas con relación a la parte "más sana y más valiosa" de la comunidad, a aquellos que se colocan "naturalmente" en la "cabeza" del cuerpo político y que, como tal, lo representan y sustituyen (*representación por identidad*). De esa parte de la comunidad saldrán los individuos que deberán asumir el ejercicio de la jurisdicción.

Esta atribución de jurisdicción al *pueblo* de cada comunidad resulta originalmente funcional para dar cuenta de un momento de alta fragmentación política, como puede ser el tiempo medieval. Pero no se piense que su operatividad quedará totalmente enervada por las doctrinas "absolutistas" ya más propias de los tiempos modernos. Vinculada en última instancia a la personificación corporativa de las comunidades políticas, la capacidad del *pueblo* de otorgar *jurisdicción ordinaria* no habrá desaparecido de las fuentes del discurso jurídico, por mucho regalismo que se cultive en el XVII (5). La estrecha relación entre *pueblo* y jurisdicción seguirá siendo la razón para explicar numerosos mecanismos no sólo relacionados con las magistraturas locales, sino también con alto valor de la costumbre como fuente normativa local, entendida, así, como acto de jurisdicción de un *pueblo* que interpreta.

La apelación al derecho natural y a la metáfora organicista que impone la necesidad de los cuerpos de estar dotados de

(5) Por ejemplo, Jerónimo CASTILLO DE BOVADILLA, *Política para corregidores y señores de vasallos, en tiempo de paz, y de guerra* (1597), Amberes 1704, ed. facsimilar Madrid 1978, Lib. I, Cap. XVI, n. 11 y 12, t. 1, pág. 201.

miembros directivos (cabeza) para regir su comportamiento y representar a la comunidad, sostendrá siempre el valor operativo de los actos de jurisdicción referibles al pueblo. Por ejemplo, la capacidad de elegir jueces para gobernar la república, si bien dicha ya del Príncipe, siempre estará presente en cualquier comunidad ante la ausencia de elección regia entendiéndose esto "*por derecho natural: porque los miembros no sean acephalos, carenciendo de cabeça, qual serian los vezinos sin gobernador..*" (6). Por mucho que el origen corporativo de la jurisdicción se hubiese reemplazado con el tiempo por otro de carácter divino y principesco, la capacidad latente de cada comunidad para designar magistrados era una consecuencia inderogable de los principios evidentes derivados de la concepción corporativa de la sociedad. Como decía Diego de COVARRUBIAS:

> «*aunque no hubiese ninguna ley humana que lo aprobase, es evidente que el pueblo, que necesita quien le rija, y no tienen ningún magistrado constituido por el príncipe tiene por derecho natural poder de constituirse magistrados, mientras el rey no hace uso de la potestad que el pueblo le ha transmitido*» (7).

C) *El príncipe como fuente de toda jurisdicción*

Esa *potestad* que el pueblo transmitió al príncipe era precisamente la Iurisdictio. Sobre la base de la mítica *traslatio imperii* recogida de las fuentes romanas (*lex regia de Imperio*), los juristas consolidaron la idea de que el príncipe era la exclusiva fuente y origen de toda jurisdicción. En buena medida, la conocida conflictividad bajomedieval tiene su reflejo en los esfuerzos del discurso jurídico por cohonestar la progresiva consolidación de este papel del príncipe con la persistencia de aquellos principios "naturales" de la sociedad corporativa y sus consecuencias en el orden institucional.

(6) CASTILLO DE BOVADILLA, *Política...*, Lib. I, Cap. II, n. 24, t. 1, pág. 17.

(7) Diego de COVARRUBIAS Y LEYVA, *Textos jurídico-políticos.* Selección y prólogo de Manuel Fraga Iribarne. Traducción de Atilano Rico Seco, Madrid 1957, pág. 305. El texto está extraído el Capítulo IV de las Practicarum Quaestionum Liber, vol. I de las *Omnium Operum*, Salamanca 1577.

El reconocimiento indiscutido de la supremacía jurisdiccional del príncipe vincula la titularidad de jurisdicción (y, con ello, el ejercicio de cualquier poder para cuya legitimidad se requiera de dicha potestad) a un acto del monarca (*fons totius iurisdictionis*). Desde esta perspectiva, sostenida también por una lectura de la voluntad divina, el reino todo se representa unitariamente como un gran *corpus* en el que el rey es "*cabeza, corazón, vida y alma del Reyno y de los Pueblos, y juez de todos los de su tierra...*" (8). De ahí que todo poder temporal, desde los altos tribunales de la Corte (o sus réplicas institucionales) hasta las magistraturas locales de las villas y ciudades, pasando por los señores jurisdiccionales, quede vinculado por una u otra vía al poder del Príncipe. Esta imagen de unidad, por un lado traduce, la supremacía jurisdiccional del príncipe en una posición de garantía última del orden social ("mayoría de justicia"); por el otro, legitima las medidas de intervención tomadas desde la corona sobre los ámbitos políticos que aparecen en el esquema jurisdiccional como jerárquicamente subordinados (nombramiento de magistrados, pesquisas, corrección por mengua de justicia, etc.) y, por último, sitúa en el príncipe la máxima potestad normativa.

Pero no ha de confundirse esta representación idealizada del *árbol de la jurisdicción* con una "centralización" efectiva del poder, ni con una, impensable por entonces, unificación del espacio político. El plural de la palabra "pueblos" en la cita

(8) GUARDIOLA Y SÁEZ, pág. 41.

del párrafo anterior no es accidental. Y ya conocemos el alcance político que tiene entonces su significado. Aquella suprema potestad del príncipe está para conservar dicho plural y no para reducirlo a la unidad. La persistencia de los principios constitutivos del orden corporativo habrá de mantener la condición subjetiva y personificada de los espacios políticos, con toda la potencialidad latente de sus consecuencias en términos jurídicos.

Será precisamente la convivencia de ambos órdenes de principios, reflejada en los delicados juegos de equilibrio entre el poder real y los poderes corporativos, lo que mejor explique la dinámica institucional de la monarquía y la multiplicidad de formas posible de relación entre los distintos sujetos políticos y la corona. Los juristas clasifican la jurisdicción según su grado o intensidad y así crean unos esquemas conceptuales capaces de armonizar la pluralidad corporativa con la unidad monárquica. En cualquier caso, ya se diga por concesión del *pueblo*, ya por voluntad divina, el grado máximo y pleno se sitúa en el príncipe, como cabeza de todas las *repúblicas*, fuente de toda jurisdicción.

Pero al margen de la función que cumple la representación unitaria del reino a los fines de consagrar la supremacía jurisdiccional del príncipe, en su dinámica interna el reino no se comporta como una unidad esencial en cuya virtud sus miembros han fundido su identidad particular en la del todo (*universitas*), sino que lo hace bajo la forma de un agregado de sujetos (*república de repúblicas*) que se reconocen mutuamente y se vinculan mediante lazos recíprocos de lealtad (*societas*). Dichos vínculos operan conjuntamente con los de subordinación y obediencia derivados de la ordenación jerárquica que imponen los principios que sitúan al príncipe en la cima de la representación unitaria y que, desde esta perspectiva, le aseguran el rol de garante máximo del equilibrio entre los diversos cuerpos, manteniendo a cada uno en el goce de sus respectivos derechos.

D) *Jurisdicción real y sociedad corporativa*

Esta tensión irresuelta, que forma parte de la propia fisiología de la monarquía de Antiguo Régimen, se pone claramente de manifiesto a la hora de reconstruir los mecanismos de adjudicación de poder jurisdiccional en el territorio. Para dar cuenta de la complejidad resultante, el discurso jurídico debe elaborar flexibles criterios generales en un mundo constituido esencialmente de excepciones. Veamos, haciendo un nuevo ejercicio de constatación, como trata la literatura práctica del XVIII el problema de la designación de los magistrados para el gobierno de los pueblos, aspecto medular del ejercicio del poder jurisdiccional sobre el espacio político.

La designación formal del rey es la primera norma que destacan los juristas. Es la regla que se hace derivar de la supremacía jurisdiccional regia obtenida en la mítica *traslatio imperii*. Sin embargo, dicha regla nunca vendrá considerada en forma excluyente de cara a otros mecanismos tradicionales que continuaban operando, ahora bajo la forma de *privilegio*, *costumbre*, *prescripción* o *tolerancia del príncipe*. De ahí que la formulación genérica de los principios que regían la potestad de designación tuviera que ser capaz de contemplar las diversas alternativas posibles. El lenguaje jurídico debía conciliar ambos extremos, apuntalando la posición regia y dando cobertura a las prácticas tradicionales de la sociedad corporativa; y lo conseguía por medio de las categorías apropiadas para ello. De este modo, a mediados del siglo XVIII, la regla era compuesta, y se podía formular en esos términos:

> «En España sólo al Rey pertenece por derecho el nombrar los oficios de la república; porque los pueblos en la creación de sus Príncipes, les transfirieron toda la potestad y jurisdicción que tenían. Por privilegio, costumbre o prescripción inmemorial, pueden también las ciudades y demás poblaciones de estos Reinos, como asimismo los señores temporales,

nombrar alcaldes, regidores y otros oficiales de república. Y así vemos conservan hoy este derecho muchas poblaciones que le tienen justamente adquirido...» (9).

No era cuestión menor poseer por algunas de estas categorías (privilegio, costumbre, prescripción o aún por *tolerancia del Príncipe)*, la capacidad de designar a los propios rectores.

«En los casos, pues, en que la elección para los oficios de república es propia del pueblo, y en su nombre de los Ayuntamientos o Concejos que le representan, o ya sea por privilegio, o costumbre, o tolerancia del Príncipe, que en cualquier caso debe mantenérseles en la posesión en que se hallan, pues las Leyes del Reino establecen que se les mantenga a los pueblos en los buenos usos y costumbres de nombrarse oficiales públicos para su gobierno» (10).

Por último, todavía en el XVIII seguían siendo válidos aquellos razonamientos que remitían a los principios naturales de la sociedad corporativa y que se activaban ante la ausencia de manifestación del Príncipe:

«aún, fuera de costumbre o privilegio, hay casos en que compete a los pueblos la facultad de nombrarse jueces que les gobiernen, como es, si el Príncipe no los nombrase, o si el corregidor muriese, o estando ausente por más tiempo que el que la Ley le permite; y esto, aunque haya nombrado tenientes, cuya jurisdicción expira por la vacante del corregimiento» (11).

---

(9) Lorenzo de SANTAYANA BUSTILLO, *Gobierno político de los pueblos de España, y el corregidor, alcalde y juez en ellos*. [Zaragoza 1742]. Estudio Preliminar de Francisco Tomás y Valiente, Madrid 1979, Cap. II, § 2, pág. 17.

(10) SANTAYANA BUSTILLO, Cap. II, § 5, pág. 18.

(11) Idem, Cap. II, §3, pág. 18.

Entre una supremacía del príncipe consolidada en el plano simbólico y la persistencia de unos principios naturales que conservan sin hesitación la fragmentación política propia del orden corporativo, intermedian unas prácticas que ya no son principios pero que se ajustan a la diversidad casuística y decantan la balanza para uno u otro extremo, según desiguales condiciones que no se pretenden homogeneizar. De esta suerte, tras el enunciado anterior correspondía la siguiente aclaración:

«Si bien en estos casos es regular, o que a los tenientes se les despache por el Consejo provisiones, dándoles comisión para que sirvan el oficio de corregidor... o que el regidor más antiguo ejerza la jurisdicción, que es lo que más se practica, principalmente en las poblaciones cortas, donde por ausencia o muerte del alcalde rige la vara el regidor primero» (12).

Eran facultades regias, privilegios corporativos y principios naturales de la sociedad corporativa, que estaban en la base del orden político y que no se planteaban necesariamente como elementos antagónicos por más que su interacción fuera motivo ocasional de conflictos.

4. *Cultura jurisdiccional, conflicto y proceso*

En una sociedad en la que la adjudicación de ámbitos de poder pende más de principios naturales, de privilegios y concesiones, de tolerancias y costumbres, que de reglas generales incapaces de doblegar aquel dominio de pluralidad, la definición, alcance y límites de las capacidades de cada uno resultan inevitablemente determinados por los mecanismos de resolución de conflictos. Éstos se convierten en el eje sobre el cual gira el ejercicio del poder jurisdiccional. Construido el poder

---

(12) Ibíd.

público sobre el concepto de *Iurisdictio* y teniendo la Justicia una misión teóricamente definida por su función de conservación del equilibrio social, la intervención activa de la autoridad parte necesariamente del conflicto y su modo de actuación discurre por caminos esencialmente procesales.

La propia estructura conceptual del discurso jurisdiccional, que antepone al poder una serie de campos normativos no definidos convencionalmente (ruda equidad, ley divina, ley natural, leyes fundamentales que se dirán en época de absolutismo), impone necesariamente un modo de gestión de las decisiones en el que cobra vital importancia el trámite procesal. Con la precedencia de un ritual deliberativo, contradictorio, no sólo se pretende determinar qué es lo "suyo" (o cuál es el "estado") de cada uno que la justicia ha de dar o mantener), sino que además se busca asegurar una "verdad" que califica tanto los enunciados fácticos como el valor ético de la decisión. Existiendo la posibilidad de acudir a un campo de referencia trascendente, una ley (o una sentencia) injusta es necesariamente una norma "falsa". El rigor procesal favorece una adecuada "*interpretatio*" para que la decisión pueda considerarse justa.

Al mismo tiempo, la apertura del campo de referencia y las infinitas posibilidades que brinda el modo casuístico de razonar, reducen al mínimo la posibilidad de un control sustancial de las decisiones. No en vano la doctrina del *Ius Commune* es reacia a expresar los fundamentos normativos en las sentencias. No es en el control de legalidad de los actos, sino en el rigor procesal y en las virtudes del magistrado donde habrá que buscar los elementos indispensables para asegurar el acierto, "la justicia", de una decisión.

Cuando, entonces, la historiografía nos dice que en la experiencia jurídica de antiguo régimen no se concibe una autoridad pública capaz de constreñir con una orden legítima la situación de un súbdito sin que dicha autoridad esté revestida de algún grado de jurisdicción, nos dice, implícitamente, que tal operación no es posible sin un momento contradictorio previo ante el

magistrado competente. El principio valía no sólo para lo que ya se podía distinguir como una "justicia judicial", es decir, para el contencioso entre partes, sino que se imponía a cualquier actividad de las autoridades públicas, incluyendo el dictado de normas generales y aún aquellas actividades que hoy diríamos, con propiedad, "típicamente administrativas". La impronta procedimental, en mayor o menor medida, abarcaba así todo el espectro de decisiones que entraban dentro del amplio concepto de "justicia civil" o "Gobierno de la Justicia" (13).

Ciertamente que la disciplina de las formas previas necesarias para una decisión no era la misma en todos los casos. La intensidad del rigor formal variaba de acuerdo con el objeto de la decisión, según se orientase la actividad a resolver un contencioso, a conceder una petición particular o a dictar una norma de carácter general. En cualquier caso se entendía que debía preceder la ocasión de escuchar a los posibles afectados. Si se trataba, por ejemplo, de una decisión tan soberana como la de modificar el distrito de una jurisdicción regia, se procedía previamente a escuchar a quienes podían resultar perjudicados, ya fueran los propios oficiales ejercientes del antiguo distrito, ya los súbditos que podían verse afectados en su acceso a la justicia del rey. La inobservancia de este tipo de deliberación podía proporcionar una buena razón para impugnar la decisión por la vía contenciosa, cuando no para intentar una "legítima" resistencia a su cumplimiento.

La impronta procesal resulta, así, inherente a una "concepción panjudicial del gobierno" que no ha desarrollado un campo dogmático para legitimar un tipo de poder *per se* ejecutivo. Para decirlo en palabras de Luca MANNORI, "desde el momento en que cada elección de gobierno se manifestaba como la distribución de ciertos sacrificios y ventajas entre los coasociados,

(13) Sobre esta distinción entre justicia judicial y justicia civil, CASTILLO DE BOVADILLA. Lib. II, Cap. II, n. 13, t. 1, pág. 225.

como la composición de un conflicto horizontal de intereses, para los hombres del Antiguo Régimen era natural que esta actividad fuese reabsorbida completamente por la jurisdiccional" (1997: 51). Dejemos marcada aquí esta íntima conexión entre cultura jurisdiccional y procedimiento, sin detenernos demasiado en las características de una técnica procesal que, por persistente, podremos retomarla casi en sus propios términos en los próximos capítulos.

5. *Apertura y flexibilidad*

A) *La Gracia*

El discurso de la Justicia, con toda su ontología moral de principios distributivos y conmutativos, asequible a través de los textos sagrados o sacralizados, teológicos y jurídicos, con sus diversos "derechos" objetivos, proporcionaba "causas" y "razones" para controlar la pertinencia o validez de una decisión, de una norma, general o particular, delimitando así los márgenes sustanciales (y formales) del ejercicio legítimo del poder, es decir, del ejercicio de la jurisdicción. Se trataba de por sí de una pluralidad de campos normativos flexibles, abiertos siempre a una actividad de indagación potenciada casi al infinito por el predominio de la casuística y la estructura tópica del razonamiento.

Sin embargo, determinados actos de poder que resultaban sumamente funcionales a la sociedad de antiguo régimen escapaban al sentido institucional de la Justicia y su disciplina venía dada por otra virtud: la gracia. Los actos articulados por medio del lenguaje de la gracia ponían de manifiesto el ejercicio de un poder que superaba los límites de la justicia, pero no con la idea de transgredirla sino de sublimarla. La gracia permitía justificar actos que desde el punto de vista de la justicia aparecían "incausados", como "incausado" se representaba el divino acto de la

creación. Aunque muy vinculados a la noción tomista de justicia distributiva, los actos de gracia no se entendían orientados a satisfacer necesariamente un orden previo de proporciones (geométricas o aritméticas), sino que su valor estaba vinculado a la exaltación simbólica de quién procedía a dar sin estar obligado, de quién actuaba movido no por un débito de justicia, sino por caridad, por liberalidad, por amor. Ya no es necesario recordar que nada de esto se puede comprender si se olvida el primado cultural de una religión que antepone la caridad a la justicia, y que proporciona "la" explicación del mundo a partir de un acto de gracia, de un acto supremo de amor divino.

Se podía pensar entonces que, a imitación de dios, el príncipe (*vicario de dios en la tierra*) ejercía de este modo un poder extraordinario capaz de alterar el orden natural de la cosas. A través de los actos de gracia el príncipe no sólo daba sin estar obligado a hacerlo sino que, además, hacía posible (en sentido deóntico) actos que por justicia no lo eran. Concesión de premios y mercedes, de títulos, oficios y beneficios, emancipación de menores, legitimación de bastardos, dispensa de leyes, perdones generales y particulares de penas, son todos actos vinculados a esta potestad extraordinaria exclusiva del príncipe. Unos dispositivos institucionales situados en el nivel más íntimo de la corte (consejos de *cámara*) permitían gestionar de modo rutinario y masivo los actos de gracia del príncipe que contribuían así, en forma paralela a la justicia, a mantener el equilibrio de una sociedad fundada en el privilegio, fortaleciendo por medio del lenguaje del amor los vínculos de lealtad y obediencia.

B) *Virtudes, jurisdicción y* arbitrium

Pero aquella potestad de gracia principesca no era el único ámbito en el que un lenguaje de virtudes distintas a la justicia se hacía operativo en el funcionamiento de las instituciones. La misma lógica que inspiraba los actos de gracia, abriendo un

margen de flexibilidad justificado por una "virtud" más valiosa que la estricta justicia, se difundía entre los magistrados de cualquier orden cuando se les enseñaba a incorporar en el campo de referencia para sus decisiones, criterios derivados de otras virtudes tales como la clemencia, la piedad o la misericordia. La indisoluble vinculación entre piedad y justicia, conmiseración y castigo, constituía un principio rector para el ejercicio de la jurisdicción que se orientaba a sostener aquella obediencia basada en el amor:

> «Porque como quiera que la justicia se debe executar en los errados, pero no con tan gran rigor que se cierre aquella loable puerta de la clemencia, que haze a los juezes amados, y si amados de necessario temidos, porque ninguno ama à otro, que no tema de le enojar» (14).

Precisamente, a través de esa cualidad piadosa del ejercicio de la jurisdicción se asociaba la figura del magistrado gobernante a la imagen de un defensor de pobres y desvalidos, transmitiéndose así a cualquier nivel de la escala de representación una de las tantas claves de legitimación del poder regio.

> «¿Quién hay tan sin juicio e ignorante que no vea que esa virtud [la clemencia] es muy necesaria para los que gobiernan las ciudades? ¿Qué otra fuerza defiende a la inocencia angustiada por la pobreza y la falta de recursos sino la clemencia? ¿Qué virtud se compadece de la viudez solitaria, de la mísera orfandad, de la soledad expuesta a engaños? Quita del juez la clemencia y nunca tendrán éxito las causas de los pobres..." (15).

---

(14) CASTILLO DE BOVADILLA, Lib. II, Cap. III, n. 6, t. 1, pág. 252.

(15) Justo GARCÍA SÁNCHEZ, *El arte del buen gobierno municipal. Reflexiones de Antonio Cáceres Pacheco. Apéndice facsimilar bilingüe del tratado De Praetura Urbana (Medina del Campo 1557)*, Oviedo 2000, pág. 343.

Incluso en el centro de la doctrina que orientaba el ejercicio de la jurisdicción criminal, disciplinada por una precisa noción de *justicia vindicativa*, justicia y misericordia, aparecían como conceptos íntimamente vinculados, aún en la literatura práctica de finales del XVIII:

> «Y es de notar, que la Justicia vindicativa, quando nace, no de crueldad, ambicion, ó venganza, sino de zelo por el bien público, no se opone ni contradice á la virtud moral de la misericordia; porque aunque en algun modo parecen contrarias, están no obstante tan unidas como hermanas...» (16).

Las justificaciones normativas debían pasar por este lenguaje de las virtudes cristianas, por mucho que tales modulaciones del rigor de la justicia tuviesen también una finalidad de orden pragmático. Resulta significativo, por ejemplo, que la gran mayoría de los indultos concedidos por la Cámara de Castilla entre 1531 y 1700 recayera sobre delincuentes huidos de la justicia, como si se buscase recomponer así, por vía indulgente, una relación soberano-súbdito que no podía imponerse exclusivamente por medios coactivos (HESPANHA, 1993d)

Modular la justicia, templar el rigor de las penas impuestas por las leyes, dispensar la observancia de ciertas formas procesales, valorar determinadas condiciones de oportunidad y conveniencia para fundamentar una decisión, eran todas operaciones que ingresaban a la actividad jurisdiccional por medio de un concepto que potenciaba aún más, si cabía, el momento de "interpretación" judicial frente al valor normativo de los preceptos generales. Hablamos del *arbitrium*. Resulta imposible comprender la actividad de los tribunales de Antiguo Régimen, la tremenda fuerza innovadora (tanto en aspectos formales como sustanciales) del *estilo* judicial, la permanente sinergia

---

(16) GUARDIOLA Y SÁEZ, pág. 9.

entre doctrina y praxis, si no se asume el papel central que cumplía la noción de *arbitrium iudicis*.

Si hemos situado aquí al arbitrio, junto a las virtudes que concurrían con la justicia para modular el ejercicio de la jurisdicción, es porque su doctrina no se concebía como una delegación abierta a la libre voluntad del magistrado, sino que se entendía siempre disciplinado por criterios directamente vinculados a aquéllas, tales como los de *equidad* y *razón*, cuya carga semántica –lo ha demostrado Mecarelli– resultaba absorbida por el propio concepto de *arbitrium*. Pero este efecto en apariencia moderador e indulgente no significa desconocer que, al mismo tiempo, la noción de arbitrio tuviera un papel central en la potenciación de la eficacia represiva de la jurisdicción criminal, al ampliar el margen de apreciación judicial en cuestiones tan delicadas como la valoración de la prueba, la supresión de requisitos procesales, la transformación del régimen del tormento y de la pena, etc.

En ámbitos de actuación judicial donde la cultura jurídica se mostraba especialmente sensible a las condiciones coyunturales, como en la materia criminal, se podía tener la impresión de que "*arbitrium in iudice nihil aliud est quam iurisdictio*" (MECCARELLI, 1998: 13). No en vano nuestro jurista práctico de finales del XVIII, al hablar de la *justicia vindicativa*, traía a su texto una antigua ley de las partidas en la que se reconocía la imposibilidad de establecer penas ciertas para los "*tuertos*" y "*deshonras*" que se hacen los hombres porque – decía el texto alfonsino – "*las personas, é los fechos de ellas no son contados por iguales*" (17). El arbitrio resultaba funcional a un orden jurídico que, impasible ante él la diversidad natural y casuística dictada por su propia imagen del mundo, debía descargar necesariamente en sus magistrados la tarea precisa de la determinación normativa. Era ésta, como ya se sabe, una justicia de jueces y no de leyes.

---

(17) Idem, pág. 7 citando ley 21, tit. 9, partida 7.

III. Cultura jurisdiccional y tutela administrativa

> «...el justo gobierno de la casa es el verdadero modelo del gobierno de la República: ...porque la casa es una pequeña ciudad, y la ciudad es una casa grande»
> (CASTILLO DE BOVADILLA, *Política para corregidores*, 1597.)

Si hasta aquí hemos tratado de caracterizar la cultura jurisdiccional señalando aquellos aspectos en los que la historiografía jurídica ha reconocido sus piezas fundamentales, aquellos conceptos estructurales que gozan de una singular estabilidad a lo largo de los siglos, para concluir estas páginas creemos que es necesario definir un poco más los contornos, poniendo de relieve algunos aspectos del poder de antiguo régimen que se apartan de esa noción "panjudicial" organizada en torno a la Justicia y disciplinada por el concepto de *Iurisdictio*. De este modo, no sólo pretendemos agregar un elemento más de compresión (por efecto de contraste) de la cultura jurisdiccional, sino que además tendremos así la ocasión de dar cuenta de unas categorías que, no siendo típicamente jurisdiccionales, afloran cada vez con más fuerza entre las grietas de un mundo que se resquebraja a lo largo del XVIII.

1. *La Económica y el gobierno político y económico*

Si existía un tipo de poder de notable alcance en la estructura social del antiguo régimen que escapaba por definición a la fuerza gravitatoria de las categorías jurisdiccionales, ese era el poder doméstico que ejercían los padres de familia. Arraigado en el mismo nivel constitucional de convicciones en el que hemos situado los principios fundantes de la sociedad corporativa, el poder del padre de familia pertenecía más bien al patrimonio regulativo de la religión que del derecho (si

es que esta escisión era entonces posible) y contaba con una tradición literaria que se preocupaba por el conocimiento de las reglas necesarias para el buen gobierno de su ámbito natural: la casa.

Disciplinado por la religión y orientado por la *Económica*, el poder del padre de familia se sustraía a las reglas del discurso jurisdiccional en la medida en que su función se desplegaba hacia el interior de una unidad orgánica dentro de la cual era inconcebible la pluralidad subjetiva, la mínima alteridad, que exigía el juego de equilibrio de intereses dispares implícito en la noción de justicia. Precisamente, nos dice Jesús Vallejo, era en este último sentido que el poder jurisdiccional se decía "público", para remarcar su alcance intersubjetivo, necesariamente externo a la unidad monolítica del mundo doméstico (1998: 37).

En lugar de mediar entre intereses subjetivos diversos, la función del padre de familia era la de *tutelar* el interés de su casa, "administrar" el patrimonio para garantizar la viabilidad del organismo familiar y asegurar así el bienestar de sus miembros. En esa condición de partículas subatómicas, sometidas a la disciplina familiar del *pater*, viven, en realidad, la inmensa mayoría de los seres humanos del Antiguo Régimen. Esposa, hermanos y hermanas, hijos e hijas, yernos y nueras, nietos, nietas, sobrinos y sobrinas, criados y esclavos, allegados y demás parentela política, conforman una unidad de población cuya autoridad, voz y voluntad legítima era la expresada por el *pater*. No presuponiendo intersubjetividad, el poder del *pater familias* no se veía condicionado por la exigencia formal de una instancia contradictoria. En este sentido, podría decirse que el poder del pater gozaba de una fuerza "ejecutiva" inaudita para cualquier autoridad jurisdiccional.

Es conocida la homología que el discurso jurídico moderno establecía entre el modelo familiar y la corporación municipal, equiparando la *económica* a la *política*, la *casa* a la *república*, como lo recuerdan aquellas palabras de CASTILLO DE BOVADILLA citadas bajo nuestro último título. De hecho, un poder

de tutela y administración similar al del *pater familias* es el que ejercían colectivamente los regidores municipales, definidos precisamente como *tutores* de su república. Excluido expresamente de la doctrina de la *traslatio imperii* (18), este poder corporativo que se decía de gobierno "político y económico", se entendía reservado al *pueblo* de cada comunidad y calificaba la facultad "natural" de la persona colectiva de administrar sus propios bienes y asegurar el bienestar de sus miembros. En la medida en que no presuponía conflicto de intereses o controversias de derechos, era una actividad que quedaba reservada a la corporación y sólo si devenía en asunto contencioso podía ser materia de justicia y autorizar la intervención jurisdiccional de los tribunales del rey. Así lo seguía expresando la literatura jurídico-política del XVIII:

> *«Pertenece, pues, el gobierno político y económico de los pueblos a los Ayuntamientos o Concejos de ellos, y tan privativamente que, no habiendo queja de parte o instancia fiscal, no pueden las Chancillerías o Audiencias entrometerse en estos asuntos»* (19).

Una amplia gama de determinaciones relacionadas con la vida en comunidad quedaban así sometidas a una autoridad tutelar de carácter corporativo. En función de dicha atribución, el regimiento proveía oficios menores que iban desde aquellos destinados a la "*la administración y manejo*" de los caudales de la población, sus propios y rentas (procuradores de Cortes,

(18) "*Aunque el Pueblo Romano transfirió en el Principe la jurisdiccion de hacer leyes, potestad del cuchillo, y eleccion de Magistrados, todavia reservò en sì la administracion de otras cosas concernientes à otros menores gobiernos de la República, en los quales el Pueblo tiene mano, y poder, aunque subordinado, y expuesto à la censura del Principe y sus Tribunales, y Justicia*". Juan de HEVIA BOLAÑOS, *Curia Philipica*, (1603), Madrid 1771, P. I, §1, n. 7, pág. 3.

(19) SANTAYANA BUSTILLO, Cap. I, § 1, pág. 7.

comisarios de abastos, fieles, mayordomos, abogados y procuradores de ciudad, escribanos, contadores, etc.), hasta aquellos que tenían por finalidad "*la asistencia de los vecinos y moradores del pueblo*" (médicos, cirujanos, boticario, maestro de gramática, guarda de monte y huerta, veedores y examinadores de oficios, etc.). Como potestad reservada al *pueblo*, lo era entonces de sus representantes por identidad, de sus tutores (*regidores*), y la indemnidad de esta regla estaba garantizada frente a los posibles los agravios de las autoridades extracorporativas (20).

2. *El monarca como padre de familia y la potestas económica* extraordinem

Para explicar aquella esfera de poder corporativo, y diferenciarla del poder jurisdiccional, se entendía que una vez transmitida toda la jurisdicción al príncipe, el pueblo (el de cada comunidad) se había reservado aquella capacidad tutelar, política y económica, que servía a los fines de su propia "administración", es decir, para la conservación de sus bienes y el cuidado de sus miembros. Ésta era la primera lectura que hacían los juristas y lo "ordinario" era que el príncipe, ajeno a este mundo interno de la corporación, sólo pudiese intervenir en virtud de su poder jurisdiccional en caso de conflicto. Sin embargo, así como la

(20) "*Y en tanto es verdad que toca à los Regidores la eleccion de los oficios, que si el Corregidor solo y sin ellos, ò contra su voluntad, quisiesse eligirlos no valdria la tal eleccion, y sobre qualquier contradicción que el Corregidor en esto les haga por su voluntad, ò conformándose con la menor parte, se ofenden mucho, y se quexan al Consejo, ò Chancillerías, donde se dan provisiones a favor de los Regidores, y aun tal vez con pena o reprehesion al Corregidor por ello.*" CASTILLO DE BOVADILLA, Lib. III, Cap. VIII, n. 41-43, t. 2, págs. 127-128. Sobre los oficios que nombra el regimiento, SANTAYANA BUSTILLO, Cap. II, § 10, págs. 21-22.

construcción de la supremacía jurisdiccional del príncipe había llevado a proyectar una unidad homogénea ideal sobre un espacio compuesto (una *universitas* sobre una *societas*), el discurso de exaltación absolutista se apoyaba, en buena medida, en la equiparación de la función del príncipe a la de un supremo padre de familia.

Desde esta perspectiva, el discurso moderno proporcionaba un marco para aquellas funciones en las que el poder del monarca no se limitaba a la conservación de los equilibrios preexistentes, sino que desarrollaba un rol activo como *tutor* de los intereses de los súbditos. Actuando como un padre de familia, en interés de su casa, el monarca podía desplegar toda una serie de acciones que difícilmente encajaban en las reglas de juego de la Justicia. Por esta otra vía, no sólo se daba forma a los dispositivos desarrollados por la casa del rey para el control de su hacienda o para el manejo de sus fuerzas militares, sino que también se modelaban aquellos mecanismos destinados a intervenir en la esfera "privada" de las corporaciones, para el control del gobierno "político y económico" de los pueblos y para la conservación y disciplina de sus miembros; es decir, para asegurar la "policía" en todos los lugares del reino.

Por compartir la misma genealogía doméstica proyectada sobre el mundo político, este campo de poder principesco quedaba definido bajo la noción de una *potestad económica y política* "extraordinaria", ("ordinaria" seguiría siendo la jurisdiccional). También a causa de dicha genealogía doméstica, se pretendía que las acciones desplegadas por los oficiales regios bajo este campo conceptual tuviesen la misma fuerza "ejecutiva" –si se nos admite nuevamente la expresión– que podían tener las acciones de un padre de familia en el pequeño reino de su casa.

Así pues, este campo dogmático no sólo ampliaba el alcance del poder del príncipe al asignarle una potestad concurrente sobre cuestiones tradicionalmente reservadas a las autoridades

corporativas. También buscaba potenciar la eficacia de sus dispositivos al permitir un modo de acción más expeditivo que el jurisdiccional. En virtud de aquellos argumentos se podían justificar, por ejemplo, restricciones de derechos o medidas represivas de carácter preventivo adoptadas *inaudita parte*; se podían poner en práctica mecanismos de gestión y decisión que sorteaban los dispositivos tradicionales del orden jurisdiccional (i.e. la vía reservada); e incluso, se podía validar la fuerza vinculante de una profusa legislación dictada sin la menor instancia de participación de los súbditos. Amparadas en su finalidad tuitiva, la nota común a todas ellas pasaba por la posibilidad de prescindir de la contradicción previa, por eliminar el momento deliberativo que caracterizaba esencialmente a la gestión jurisdiccional del poder.

3. Gobierno y Justicia en vísperas de Constitución (Epílogo)

Muy funcionales en época de grandes reformas (impulsadas por una corte regia que se siente con derecho a tutelar la "pública felicidad"), aquellos razonamientos institucionales que permitían sortear la parsimonia jurisdiccional proporcionaron las herramientas más eficaces para la emersión a lo largo del siglo XVIII de una monarquía *administrativa*, calificada así por evidenciar, precisamente, el uso de mecanismos orientados "al ejercicio del poder sin atenerse a los requerimientos procesales de la *iurisdictio*" (GARRIGA, 2004: 20).

Durante los siglos anteriores, una difusa noción de "gobierno" había atraído hacia su campo semántico las manifestaciones del poder público que presentaban aquel gen doméstico, aquel rasgo común a los actos vinculados a la potestad paternal del príncipe. Ya se sabe que dicho rasgo común era de naturaleza formal, se definía por un modo de actuar más que por una materia específica. No había lugar para esto último en un discurso

que asignaba a la Justicia la regulación de "tutte le cose del mondo", como decía *Il dottor volgare*. Tampoco había lugar para generar mecanismos institucionales completamente aislados del tradicional poder jurisdiccional. No había aún separación de poderes. Para potenciar la capacidad de acción en los ámbitos más sensibles al poder doméstico del príncipe se procedía a crear jurisdicciones especiales (que evitaban así los resortes de la jurisdicción "ordinaria", pero que eran jurisdicción al fin), o se procedía, con las mismas autoridades jurisdiccionales de siempre, a resolver por *vía de gobierno*, es decir, "sin conocimiento de causa", sin contradictorio previo. De cualquier manera, la posibilidad de convertir el objeto de estas actuaciones en materia contenciosa quedaba inevitablemente abierta.

El carácter "extraordinario" de la potestad política y económica del príncipe tenía, en este sentido, una importante significación. Cumplía la misión de desplazar siempre hacia a un lugar marginal del discurso la justificación (y con ello la legitimidad) de los actos de poder adjudicados a dicho campo. En el lugar central, lo hemos visto al comienzo de estas páginas, seguía estando la Justicia. En su definición primera, el poder seguía siendo esencialmente jurisdiccional. El paradigma cultural se mantenía incólume en el discurso aunque desde siglos atrás hubiera disonancias más o menos reconocidas.

Esta reluctancia a reformular los esquemas discursivos fundacionales no era efecto de una pura adhesión emotiva de los hablantes a las categorías de la tradición plurisecular en la que se habían formado. En rigor, era el reflejo de la firme persistencia de los elementos profundos que se situaban en su origen. Ni la religión y su orden trascendente, ni la percepción de la sociedad como un agregado de comunidades habían desaparecido de las claves culturales a finales del XVIII. Hemos visto ya cómo a la hora de hablarse de la realidad política la palabra "pueblo" siempre entraba en plural, quedando su singular sólo como concepto teórico extraído del mundo romano. Desplazar el paradig-

ma jurisdiccional del centro del discurso político exigía, además de una secularización definitiva del orden social, concebir al pueblo precisamente en singular. Era necesario modificar radicalmente su "constitución" corporativa. Pero para ello hacía falta una conmoción social más intensa que la causada por las reformas del despotismo ilustrado. ¿Acaso se consiguió a lo largo del siglo venidero?

ORIENTACIÓN BIBLIOGRÁFICA

El precedente texto sólo pretende reflejar la lectura que hace el autor de una serie de investigaciones que dan cuenta de todos, o casi todos, los aspectos que aquí se ofrecen y que son expuestos en sus líneas generales de acuerdo con el objetivo específico del presente capítulo dentro del conjunto de esta obra colectiva.

Sobre los problemas metodológicos de la historiografía jurídica y el punto de vista que aquí se sostiene, deben consultarse los trabajos de Hespanha (en particular, 1984, 1986, 1996, cuyas ideas centrales se recogen en su *Cultura jurídica europea,* 2002) y los trabajos compilados en CLAVERO (1986). Una síntesis de este enfoque con actualización del debate historiográfico puede verse en el número monográfico de la *Revista Istor* dedicado por entero a la historia del derecho, especialmente las reflexiones de GARRIGA (2004c).

Para la composición del imaginario político medieval hemos considerado, principalmente, los trabajos de KANTOROWICZ (1985 [1957]), GURIEVICH (1990 [1984]) y GROSSI (1996 [1995]), tocando también, para su alcance en edad moderna ibérica, a HESPANHA (2000) e ilustrando el paralelismo antropológico con TODOROV (2003 [1982]). Sobre tópica y casuismo, VIEHWEG (1964) y TAU ANZOÁTEGUI (1992). Además, para la concepción corporativa de la sociedad y sus consecuencias en el orden institucional, OAKESHOTT (1990), HESPANHA (1989), CLAVERO (1990A), FIORAVANTI (1993) y PIETRO COSTA (1999 y 2004). La aplicación de estos enfoques a la dinámica institucional castellana de la edad moderna, con resultados que aprovechamos en nuestro texto, puede verse en diversos trabajos de FORTEA PÉREZ (i.e. 1986, 1991, 1994 y 1997). Para la relación entre poder real y orden corporativo, desde el punto de vista del discurso jurídico moderno, interesan las contribuciones recogidas en la compilación hecha por DE BENEDICTIS e Ivo MATTOZZI (1994), de donde hemos tomado la cita al *dottor volgare.*

Sobre el concepto de Iurisdictio, su alcance semántico, y demás problemas vinculados a la titularidad de jurisdicción, resultan prioritarios los trabajos de PIETRO COSTA (1969, reimpreso en 2002), JESÚS VALLEJO (1992b) y Antonio HESPANHA (1993 a y b). De Jesús VALLEJO también hemos aprovechado sus artículos (1992a), (1994b), (1994c) y (1998). Para un enfoque general sobre el *Ius Commune,* CLAVERO (1977) y HESPANHA (2002).

Sobre el lenguaje de la gracia y demás virtudes, HESPANHA (1993 c y d, y 1997) y CLAVERO (1991a y 1993-1994). Sobre la gracia y sus dispositivos institucionales, DE DIOS (1993). La reflexión estadística relativa a los indultos concedidos por la Cámara de Castilla la hemos tomado de HERAS SANTOS (1994). Sobre el arbitrio judicial, la referencia fundamental es MECCARELLI (1998), amén del interés que para el tema penal y procesal tienen también los trabajos de SCHNAPPER (1973 y 1974), ALESSI PALAZZOLO (1979) y ALONSO ROMERO (1982).

Sobre el paradigma jurisdiccional, su impronta procesal, sus límites y transformaciones, HESPANHA (1990). Para sus consecuencias institucionales en lo que se refiere a los dispositivos de gobierno, MANNORI (1990), (1994), (1997) y sus trabajos junto a Bernardo SORDI, (2001) y (2004). Con estas lecturas ya tenemos material suficiente para comprender la tensión entre cultura jurisdiccional y tutela administrativa. Aquí nos hemos

valido también de las ideas expuestas por CLAVERO (1989) y (1995b) y por Daniela FRIGO (1985) y (1990). Un enfoque general que proporciona una buena síntesis de estas cuestiones en DE BENEDICTIS (2001). Para la preeminencia del discurso de la justicia en el XVIII hispano, a pesar de las reformas borbónicas, y sobre el campo semántico de la voz "gobierno", GARRIGA (2002 a y b, respectivamente).

CAPÍTULO 2

JUSTICIA ANIMADA: DISPOSITIVOS DE LA JUSTICIA EN LA MONARQUÍA CATÓLICA

Carlos Garriga
Universidad del País Vasco

JUSTICIA ANIMADA: DISPOSITIVOS DE LA JUSTICIA EN LA MONARQUÍA CATÓLICA

«Como dize Baldo, el juez es como justicia animada: y con esto queda dicho, como deve [...] fundar la justicia sobre la coluna de fortaleza contra el odio, contra el favor, contra el temor, y contra el interesse, que son los adversarios, que segun S. Gregorio, y S. Basilio, y Ciceron, combaten y trastornan al juez»

(Jerónimo Castillo de Bovadilla)

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO. II. EL REY COMO FUENTE DE LA JURISDICCIÓN EN EL REINO. III. LA CONSTITUCIÓN HISTÓRICA (O TRADICIONAL) DEL ORDEN DE MAGISTRADOS. IV. *IUDEX PERFECTUS* Y OFICIO DE JUEZ: LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA. V. LAS GARANTÍAS DE LA JUSTICIA: RECUSACIÓN Y APELACIÓN/RESPONSABILIDAD JUDICIAL. VI. COLOFÓN: JUSTICIA Y *REFORMISMO BORBÓNICO.* ORIENTACIÓN BIBLIOGRÁFICA.

I. Planteamiento

¿Puede alguien concebir hoy que nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial, con sus dos décadas escasas, llegue de alguna manera –la que sea– vigente hasta el lejano año 2500? Supongo que no. Por más incierto que sea el futuro, a buen seguro que al lector o lectora la pregunta le suena tan simplemente absurda en su desmesura como a mí. Cosas de nuestro mundo. Y sin embargo, basta ojear el último gran cuerpo legal de la Monarquía católica, la *Novísima Recopilación de las Leyes de España,* para comprobar que las leyes reguladoras del aparato de la justicia formaban en 1805 un ininterrumpido *continuum* que, sobre las bases sentadas por Alfonso el Sabio, que resultaron ser muy sólidas, arranca del siglo XIV con ciertas formulaciones normativas básicas, se intensifica entre los finales del XV y el XVI, llegando sin más que algunos retoques dieciochescos –a veces decisivos, pero siempre escuetos– hasta su momento epigonal en el siglo XIX. Quinientos años de continuidad, o poco menos, durante los cuales se mantuvieron iguales nombres para designar las mismas cosas, porque ninguno de los cambios que entretanto se sucedieron dejó de responder a la concepción acerca de la justicia y sus condiciones de realización que había inspirado desde el principio la construcción de los aparatos judiciales. Ante nosotros se despliega, pues, una historia de cinco siglos, poco más o menos repartidos por mitades entre un período de formación y otro de consolidación, con sus "incipiencias" y decadencias respectivas.

Cosas de aquel otro mundo, que cambiaba permaneciendo: si el nuestro está basado en la voluntad humana y es constitutivamente mudable, aquél descansaba en un orden que se pensaba divino y era de suyo tradicional. Orden y tradición, tradición como orden: el orden común venía *declinado* por la tradición propia. Aquel mundo resultaba de combinar lo constitutivamente general y lo irrenunciablemente particular, como dos momentos inescindibles de la existencia, fecundada entonces

por la constante relación entre las categorías de una cultura jurisdiccional común y las circunstancias de una tradición institucional propia. Cada uno podía existir por sí, porque ambos existían conjuntamente: el orden vivía en la tradición y la tradición vivía por el orden. No, no son dos instancias diferentes, que se relacionen simplemente como antecedente y consecuente, sino dos momentos de una instancia única, que resulta de la conjunta construcción de consensos jurisprudenciales sobre la justicia y dispositivos institucionales para realizarla. De ahí que cualquier organización de la justicia pueda reconducirse a un puñado de tópicos tautológicamente comunes que, configurando en todo caso una *justicia judicial* (o de magistrados), en respuesta a un orden jurídico –tradicional y pluralista, trascendente y jurisprudencial– entitativamente incapacitado para conformar una justicia legal (o de leyes), fueron aquí y allá particularmente institucionalizados por la fuerza de la tradición, con resultados que son por esto análogos y asimilables, pero distan de ser sin más intercambiables.

Conocidas ya las categorías comunes del orden, el espacio de institucionalización propio viene determinado por la figura del *princeps,* esto es, por la formación de un polo reconocido como instancia política suprema y fuente de la jurisdicción, que delimita un ámbito judicial autosuficiente, capacitado como tal para la determinación de la justicia mediante un cierto conjunto de jueces.

Hasta el siglo XVIII no es posible hablar en nuestro ámbito de *un aparato judicial,* sencillamente porque la Monarquía formada por los Reyes Católicos estaba compuesta por diferentes espacios políticos autosuficientes, cada uno de los cuales tenía su propia organización judicial. Se ha consagrado esta expresión –*monarquía compuesta*– para significar la lógica agregativa que animaba la formación de entidades políticas complejas en la llamada edad moderna, mediante la mera confluencia de diferentes reinos bajo el mismo rey, que es en rigor acumulación en una de varias personas de rey, como cabezas de otros tantos cuerpos

de reino, los que en nuestro caso resultaron del proceso de integración corporativa bajomedieval. No todos tenían igual entidad. La Corona de Castilla funcionó siempre a estos efectos como un solo espacio de institucionalización, que abarcaba los territorios americanos (en continua expansión durante la edad moderna) y con la excepción del reino de Navarra, que por haberse integrado como reino *separado* (1512-1515) conservó intacta su entidad jurídico-política. En cambio, los reinos de la Corona de Aragón, formaban cada uno por sí (Aragón, Cataluña, Valencia, Mallorca) otros tantos espacios de institucionalización propia dentro de la estructura, en la cual estuvo además por un tiempo la Corona de Portugal y se extendía por otros diversos territorios europeos. Aunque la pertenencia a la misma Monarquía no dejaba de tener consecuencias jurídicas, propiciando trasvases institucionales, trasiegos de magistrados y fructíferas comparaciones jurisprudenciales, cada uno de estos cuerpos políticos tenía en aquella estructura internamente tan compleja su propio orden judicial, encabezado por un *princeps* reconocido como fuente de la jurisdicción, que no por coincidir en la misma persona física dejaba de ser propio y distinto.

Sólo desde comienzos del siglo XVIII el rey quiso (y pudo) ser común e igual. Al tiempo que redujo su perímetro europeo, la Monarquía experimentó a partir de entonces un notable proceso de transformación interna, por expansión y consiguiente adaptación –que no mediante la mera implantación– del modelo propio de Castilla a la Corona de Aragón, que conduciría a la formación de un aparato judicial de la Monarquía católica, que llegó hasta el siglo XIX y sirvió de base para la construcción de la organización *judiciaria* de la Nación formada por los españoles de ambos hemisferios que se constituyó en Cádiz.

Por esta razón, la exposición que sigue estará centrada en el dispositivo judicial castellano, sin perjuicio de las referencias que por contraste puedan hacerse a otros territorios de la Monarquía. No obstante, una vez hecha la advertencia, lo cierto es que en el nivel de generalidad obligado por la brevedad de estas

páginas, casi todo cuanto aquí se diga sobre la institucionalización castellana de la cultura jurisdiccional es fácilmente predicable también del resto, sin más que cambiar algunos nombres y con las salvedades que en su caso se destacarán.

II. El rey como fuente de la jurisdicción en el reino

Si hay un signo claro del desarrollo político bajomedieval es la progresiva consolidación del rey como fuente de la jurisdicción en el reino: "Princeps enim fons, et origo est omnium dignitatum [...] etiam Magistratuum [...]. Et ita Magistratus, et iurisdictiones à Principe procedunt tanquam a fonte, et ab eo derivantur" (1). Aunque sea otra la impresión que pueda causar la lectura de los juristas, éste no fue el punto de partida, sino un resultado histórico y más o menos contingente del conflictivo proceso bajomedieval, cuya consideración ha de resultar así imprescindible para comprender los dispositivos jurisdiccionales regios forjados entonces y característicos después de la potestad soberana. La lógica de este desarrollo puede resumirse más o menos así, por razones que el lector o lectora del capítulo precedente ya sabe: aceptado simultáneamente que la jurisdicción es inherente a la corporación e imprescindible para la configuración del territorio y que el rey es el garante (o el responsable) de la justicia en el reino, ha de corresponderle la potestad necesaria para corregir los agravios que el ejercicio de la primera (la jurisdicción) cause en la segunda (la justicia).

En un marco definido por la pluralidad y el conflicto jurisdiccional, el oficio de rey consiste en el mantenimiento de un orden que se identifica con la justicia y justifica la formación de ciertos dispositivos, que habrán de ser principalmente subsidia-

(1) Francisco de ALFARO, *Tractatus de officio fiscalis, deqve fiscalibvs privilegiis*, Madrid, 1639, gl. I, n. 2 (págs. 4-5).

rios, ya sea para corregir la *mengua de la justicia* allí donde se aprecie, ya sea para oír y reparar en la Corte (siempre itinerante) las quejas y peticiones deducidas contra cualesquiera agravios. El desarrollo de la jurisdicción real resultó del uso creciente y por momentos intensificado de estos mecanismos descendente y ascendente (desde el punto de vista del rey), que tenían la precisa virtualidad de *encumbrarlo*, sobreponiendo su jurisdicción a las restantes. En la segunda mitad del siglo XIV resultaron así forjados ciertos procedimientos *ad hoc* (pesquisa general, recursos) y condensados los órganos básicos (corregidores, Audiencia) precisos para hacer efectiva la *mayoría de justicia* que el rey postulaba y terminó por reconocerse.

Al cabo de este proceso, el *princeps* podía aparecer realmente como *fons totius iurisdictionis,* o sea, tal como gráficamente se ha dicho, como el único distribuidor de la jurisdicción al interior del espacio político, en el preciso sentido (dogmático) de que al rey vuelven porque del rey derivan –y a menudo, en rigor (histórico), de él derivan, porque a él vuelven–, si no se alcanza el fin que persiguen, la justicia. El dogma del origen real de la jurisdicción en el reino, representado con distintas imágenes por los juristas (la fuente, el sol), funge así como expediente teórico para fundamentar la reserva de una *mayoría de justicia*, entendida como aquella porción de la jurisdicción consustancial al estatus de *princeps*, que se tiene por imprescindible para mantener al reino en paz y justicia.

Princeps imago reipublicae, decían también los juristas: una fórmula que, sellando una suerte de equilibrio entre el pluralismo jurisdiccional del espacio político y la unidad resultante de la integración corporativa del reino, devino presupuesto del mundo político en los siglos modernos. Asentado éste, un jurista tan representativo como Castillo de Bovadilla lo expresó muy bien:

> «[...] aunque por contrato, privilegio, ò costumbre les pertenezca à los Señores la Jurisdicion en primera y segunda instancia, y se les conceda por especiales y amplissimas palabras, no les puede pertenecer, ni les compete la suprema Jurisdicion que à los Reyes les queda contra ellos y contra sus vassallos por via de demanda, ò simple querella, ò por apelacion, ò recurso, porque esta mayoria, y la potestad del cuchillo, ni los Reyes la pueden enagenar, ni los Señores prescrivir, porque es la forma sustancial de la magestad, cetro y corona Real, y reconocimiento supremo pegados à los huessos de los Reyes por la dignidad Real, y por Derecho divino concedido: porque de otra suerte podriase diminuyr el Imperio, y quedar los subditos acèfalos y sin cabeça, y que no se conociesse el Sol, quitados los rayos, que son las Jurisdiciones que dependen del. Y assi [...], pueden los Reyes por sola la negligencia de los Señores en el uso de la jurisdicion ordinaria, [...] exercer en sus tierras la Real jurisdicion en primera instancia, y proveer Juezes Pesquisidores, para el castigo de los delitos graves quando convenga [...]: y esto no se dira devolucion, sino recuperacion y restitucion al estado y origen antigua, [...] pero esto no se deve hazer, ni usar siempre, ni indistintamente» (2).

La consideración del *princeps* como como *fons dignitatum et iurisdictionum* actúa –ya se ve– como elemento de legitimación que facilita ciertas intervenciones del rey como responsable de la justicia, pero no pretende y en absoluto supone la efectiva concentración en sus manos de la jurisdicción, esto es, su ejercicio por magistrados de designación real. Al contrario, como sirve para cohonestar la supremacía regia con el pluralismo jurisdiccional realmente existente, lleva a considerar tácitamente consentida toda la potestad jurisdiccional ejercida sin título expreso ni contestación real. Las consecuencias del *tácito consentimiento* real

(2) [Jerónimo] CASTILLO DE BOVADILLA, *Política para corregidores y señores de vassallos, en tiempo de paz, y de guerra. Y para juezes eclesiasticos y seglares y de Sacas, Aduanas, y de Residencias, y sus Oficiales: y para Regidores, y Abogados, y del valor de los Corregimientos, y Goviernos Realengos, y de las Ordenes*, Amberes, 1704 (ed. facs., con "Estudio preliminar" de B. González Alonso, Madrid, 1978), lib. II, cap. XVI, n. 87-89 (I, págs. 462-463).

dependían –por mor del signo social dominante– del estatus que tuviese el territorio. Para los *señores* el consentimiento se consolidaba bajo ciertas condiciones por el transcurso del tiempo, desde que en 1348 fue expresamente admitida la prescripción adquisitiva del dominio jurisdiccional, uno de cuyos atributos esenciales era la potestad de nombrar jueces y no sólo de primera instancia (alcaldes ordinarios), sino también de apelación, como aceptó en 1390 la controvertida ley de Guadalajara (alcaldes mayores). En cambio, invocando la *lex* de *imperio,* toda la jurisdicción del *pueblo* se consideraba transferida en Castilla al rey, por lo que, según su derecho propio, los *pueblos*, fuera cual fuese su entidad jurídica, carecían de potestad para constituir magistrados por sí; *pero* aquéllos que, por tener la condición de ciudades o villas, no estuvieran sujetas a la jurisdicción de otras se consideraban tácitamente facultados por *derecho natural* para designar jueces en defecto del rey. Lo dejó escrito con mucha autoridad Diego de Covarrubias, presidente del Consejo Real bajo Felipe II, en un texto muy explícito ya recogido en el capítulo anterior (3).

Con el argumento citado, el rey tenía siempre *fundada su intención* para alterar el estatus jurisdiccional de los pueblos, pero cuando la ejercía –a menudo, en contra de las promesas reales consolidadas en el derecho propio– no siempre lo hacía ni mucho menos para aumentar su directa participación en la gestión de la justicia, sino todo lo contrario: las frecuentes ventas y exenciones de lugares, que desmembraban los términos de las grandes y no tan grandes ciudades, acrecían el número de jurisdicciones que escapaban al control directo del rey (o sea, por jueces del rey), bien para hacer villas de *por sí*, bien para *señorializar* las de condición realenga, unas y otras dotadas de sus respectivos jueces, nombrados por el concejo o por el *señor.*

(3) Cfr. Diego de COVARRUBIAS Y LEYVA, *Practicarum Quaestionum*, c. 1 ("Tota civilis Castellanae Reipublicae potestas & iurisdictio, qua ratione penes ipsum Regem sit") y c. 4 ("De summa Regis iurisdictione quam maioriam dicimus, quamque Regio nomine suprema exercent Auditoria"), recogidas en su *Omnia opera* I, Salamanca, 1578, págs. 1-13 y 26-35, respectivamente. La cita aludida, en c. 4, n.° 3 (pág. 27).

Todo esto significó en la práctica que la designación de jueces regios para el desempeño de la jurisdicción en primera instancia fuera sumamente reducida, limitándose por lo más a cubrir mediante corregidores (o sus asimilados, los gobernadores y los asistentes) los centros urbanos de mayor importancia. A falta de datos cuantitativos precisos, puede ser ilustrativo recordar que a lo largo del período considerado la cifra total de éstos alcanzó como mucho a la mitad del número de núcleos de población mayores de 5000 habitantes, que a su vez representaban menos del 25% de la población total (4). Esto nada dice acerca de la cifra global de jueces de primera instancia en uno u otro momento presentes en Castilla, hoy por hoy desconocido, pero basta para concluir que la inmensa mayoría serían de designación vecinal o señorial, no real. Incluso dejando aparte a los señores, así lo constataba Juan B. Larrea a mediados del siglo XVII:

> «Por Costumbre universal de España, en los más lugares de la Corona de Castilla, eligen los Concejos Alcaldes ordinarios, que se funda en la *l. 2 tit. 2 lib. 7 Recop.* para que conozcan en primera instancia de las causas civiles y criminales, en algunas partes más limitadamente, y estos son por un año, para que menos se apropien la jurisdicion y el mando" (5).

(4) Así era hacia finales del siglo XVI: 68 y 125 respectivamente. Los porcentajes no cambian mucho para la segunda mitad del siglo XVIII: tras las reformas de 1783 había 82 corregimientos y más de 180 núcleos urbanos que sobrepasasen los 5000 habitantes (con una tasa de urbanización que todavía no alcanzaba al cuarto de la población total), aunque aquí habrían de considerarse también las renovadas alcaldías mayores de provisión real. Para el número de corregimientos, GONZÁLEZ ALONSO, 1970, págs. 240-241 y 285. Y para los datos demográficos, FORTEA PÉREZ (1995).

(5) Juan Bautista LARREA, "Por Costumbre universal de España, en los más lugares de la Corona de Castilla, eligen los Concejos Alcaldes ordinarios" [c. 1638-1642], *apud* VOLPINI (2004), págs. 333-342, esp. 333.

La noticia puede ilustrarse más precisamente para mediados del siglo XVIII, cuando se sabe que sólo en el distrito de la Chancillería de Granada había 60 ciudades y 1138 villas con jurisdicción (muchas de las cuales eran de Órdenes y señorío), dotadas por tanto de sus correspondientes jueces (al menos uno y a veces más de dos, cuando tenían no sólo alcaldes ordinarios sino también alcalde mayor) (6).

No hace falta pasar ahora a evocar las múltiples jurisdicciones especiales que tenían sus propios jueces y en todas partes convivían con la ordinaria, para concluir que una base judicial tan extraordinariamente pluralista, con una presencia selecta, sí, pero muy limitada de jueces directamente nombrados por el rey, sin duda acrecentaba la importancia de los restantes dispositivos jurisdiccionales de intervención regia en su condición de responsable último de la justicia, que son los definitorios o característicos de la jurisdicción suprema.

La heterogénea y conflictiva pluralidad jurisdiccional que se daba en la base determinaba, en efecto, la concentración en el vértice de la jurisdicción necesaria para amparar a cada quien en su derecho y evitar o reparar los agravios que pudieran embargar su ejercicio, o sea, para mantener la justicia. En los términos del presidente Covarrubias, era aquella jurisdicción:

(6) "Compendio de las ciudades, villas, lugares, aldeas y otras poblaciones, situadas en la comprehensión y distrito de la Real Chancillería de Granada, con distinción de las que tocan a las Reales Audiencias de Sevilla y Canarias, y con expresión de sus vecindarios, jurisdicción eclesiásticas y seculares y otras particularidades, para el mejor govierno y dirección de las dependencias que pertenecen a dicha Chancillería; hecho y formado de orden de su Real Acuerdo, con separación de cada uno de sus cinco reynos y dos provincias" (respectivamente, Granada, Sevilla, Córdoba, Jaén, Murcia, La Mancha y Extremadura). Elaborado en virtud de auto acordado por la Audiencia el 5 de octubre de 1755, lo publica Jesús MARINA BARBA, *Justicia y gobierno en España en el siglo XVIII. El compendio del territorio de la Chancillería de Granada,* Granada, 1995, págs. 49-50 para las cifras especificadas. Considérese además que muchos de los lugares (carentes de jurisdicción), que casi alcanzan el millar, tenían alcaldes pedáneos.

> «quae apud Regem summa est, cuiusque iure vel querelae, vel prouocationes, aut appellationes à iudicibus inferioribus, aliæque causae ad Regem, vt supremum reipublicae patrem deferuntur [...]. Hanc etenim iurisdictionem ideo maioriam vocamus, quod ea proprie pertineat ad supremam principatus recognitionem» (7).

Como propia del rey en su condición de rey (*princeps*), el espacio de esta jurisdicción cubría por igual todo el reino (aquí, la Corona), –con independencia del estatus del territorio (realengo o señorial y entonces laico, eclesiástico o de Órdenes)–, donde era desempeñada por el mismo *princpes*, o sea, por quienes le representaban inmediatamente y en este concepto podían utilizar su sello, que les facultaba para hablar con la voz del rey. A diferencia de la muy fragmentada base, éste era un espacio unitario cuyo desarrollo institucional consistió literalmente en el desdoblamiento del *princeps* como juez supremo del reino, para dar lugar a tantas *personas* geminadas de rey cuantas aconsejase la buena administración de la justicia a los naturales del reino. Veamos cómo, brevísimamente.

A diferencia de los reinos de la Corona de Aragón, cada uno de los cuales contaba con su Audiencia (un tribunal supremo, en singular, como era también el Consejo Real de Navarra), la evolución política bajomedieval llevó en Castilla a dividir en dos el ámbito de la jurisdicción suprema, según que contara con la persona física o la presencia ficticia –mediante el sello– del rey: la Casa y Corte, donde residía el monarca con su Consejo (luego, Consejos) y unos alcaldes para el conocimiento de los pleitos originados en el *rastro*; la Corte y Chancillería, integrada bajo la preeminencia de la Audiencia, como persona geminada del rey, por los magistrados que tenían el desempeño de la jurisdicción suprema con carácter ordinario: oidores y

(7) *Practicarum quaestionum*, cap. 4, n. 1 (pág. 26); en igual sentido, cap. 1, n. 9.

alcaldes del crimen, junto a los cuales residían allí los alcaldes de hijosdalgo (que fueron tardíamente, en 1774, asimilados a los anteriores), además de notarios de provincia (desaparecidos en 1572) y juez mayor de Vizcaya. Con excepción de este último tribunal, que permaneció siempre radicado sólo en la de Valladolid, la Corte y Chancillería fue simétricamente desdoblada en 1494, mediante la división del distrito por el río Tajo, con la creación de una Corte y Chancillería en Ciudad Real (definitivamente asentada en Granada desde 1505), para satisfacer la necesidad de multiplicar la presencia real en el territorio. Poco después fue creada en la isla de Santo Domingo una Audiencia para las tierras del *Nuevo Mundo*, que sería la matriz de los tribunales supremos americanos y mediante sucesivos desdoblamientos decididos a medida que avanzó el proceso de colonización llegaron a ser trece Chancillerías (8). A pesar de

(8) He aquí un cuadro que resume el despliegue de las Chancillerías en los reinos y señoríos de las Indias:

AUDIENCIAS	Constitución	Supresión	Restablecimiento
Santo Domingo	Real Provisión 14.9.1526		
Nueva España	Real Cédula 29.11.1527		
Panamá	RP 26.2.1538	Leyes Nuevas 20.11.1542 RC 27.5.1717/20.6.1751	RP 4.10.1563 1721
Guatemala	LN 20.11.1542	RP 4.10.1563	RP 28.6.1568
Lima	LN 20.11.1542		
Santa Fe	1547		
Nueva Galicia	1548		
Charcas	1555/1561		
Quito	RP 29.8.1563	1717	RC 29.4.1720
Chile	R.P. 14.I.1565/1567	Real Cédula 20.8.1573/1575	1605/1609
Manila	1583	1590	1595
Buenos Aires	RC 6.4.1661	Real Cédula 31.12.1671	Real Decreto 25.7.1782
Cuzco	RC 3.5.1787		
Caracas	RD 6.7.1786		

las reiteradas peticiones de las Cortes castellanas, ninguna más llegaría a crearse en los territorios europeos, pero sí fueron instituidas algunas Audiencias, que no tenían la condición de Corte, carecían de sello real y estaban dotadas por ello de menor preeminencia, para el ejercicio de competencias propias de la jurisdicción suprema, por exigencias particulares de sus respectivos distritos, que se traducirían institucionalmente en otros tantos esquemas organizativos particulares: bajo Carlos V fueron instituidas así las Audiencias de Galicia (compuesta por un gobernador y ciertos alcaldes mayores), Sevilla (formada por los jueces de grados, bajo la presidencia de un regente y unos alcaldes de la cuadra para lo criminal) y Canarias (compuesta por un gobernador-capitán general y algunos jueces de apelación); mientras que mucho más tarde, ya en el siglo XVIII, se crearon sendas Audiencias en Asturias y Extremadura, según el modelo de Galicia y Sevilla, respectivamente. Con esto venía a completarse el cuadro de reformas borbónicas en el ámbito de la justicia superior, que –como veremos al final– había comenzado con el siglo y la drástica conversión de las tradicionales audiencias aragonesas en tribunales de *nueva planta*, que eran como los castellanos, aunque en este trasplante experimentaron algunas modificaciones de cierta entidad (al quedar encabezados por un Capitán general, como máxima autoridad militar del distrito), que al final del siglo se impondrían –como un efecto de retorno– con carácter general en la misma Castilla.

Para entonces, y además de los Consejos que, como tribunales supremos de diverso alcance, residían en la Corte junto al rey en persona, contaba la Monarquía católica con veinticuatro Audiencias al menos en lo esencial de la apariencia crecientemente uniformes. Cada una hablaba en su distrito con la voz del rey y, mediante una delimitación rigurosamente confinal, cubrían entre todas el entero espacio territorial de la Monarquía. El todo y las partes: entonces como siempre las Audiencias representaban –hacían presente– al rey y aquel orden no toleraba ni concebía por principio que hubiese espacios *vacíos* de rey.

III. La constitución histórica (o tradicional) del orden de magistrados

La consideración del rey como fuente de la jurisdicción en el reino delimita un espacio político (que actúa como ámbito de institucionalización) y amalgama a todos los jueces seculares que lo pueblan en un aparato, que se define así, funcionalmente, como el aparato de la justicia, y coexiste con otro que aglutina a los jueces que desempeñan la jurisdicción eclesiástica bajo la dependencia del Papa (como *princeps* de la Iglesia católica). Si buscamos un principio de legitimación, todos aquellos dependen mediata o inmediatamente del rey, en su condición de único distribuidor de la jurisdicción al interior del espacio político, pero acabamos de ver cómo en su mayoría no tenían una relación orgánica con él ni menos entre sí. De hecho, como productos de la historia, las diferencias entre ellos eran sin duda enormes, a empezar por el nombre: sin salir de Castilla, considerar las jurisdicciones especiales, ni rebuscar mucho, podemos encontrar alcaldes ordinarios, alcaldes mayores, corregidores, gobernadores, jueces de apelación, jueces de grados, oidores, alcaldes de Corte, consejeros... Nombres distintos para designar a unos magistrados que tenían muy dispar formación (de rústicos a insignes letrados) y servían unos oficios de diferente duración (los más anuales y perpetuos los supremos), retribuidos de modos (y no sólo con cuantías) muy variados (que iban desde quienes percibían de los pleiteantes todos sus emolumentos hasta los que nada podían percibir de ellos), extremos todos éstos en buena medida dependientes del nombramiento, que podía ser o no debido al rey. Esta última me parece la diferencia decisiva. Una característica muy remarcable de aquel aparato era, por tanto, su carácter *pluralista*, compuesto como estaba por todos los que desempeñaban potestad jurisdiccional secular, fuera cual fuese su condición y procedencia (o adscripción jurisdiccional, si así quiere decirse). El único denominador común a todos los jueces, por debajo de tanta variedad y también en el

estricto sentido que les daba este nombre genérico, que la jurisprudencia solía intercambiar con el de magistrado, era la potestad jurisdiccional que desempeñaban y hacía de ellos *ministros de Dios,* pues su "ministro es qualquier hombre que haze la justicia: y de cuya mano son las potestades y jurisdiciones, desde las supremas hasta las menores de todas", elevando al juez como "el más alto de todos los oficios temporales" (9). Los magistrados se definen precisamente como aquéllos y sólo aquéllos de entre éstos que están investidos de jurisdicción: *officium habens exercitium et administrationem iurisdictionis*, una porción de poder público que les faculta para administrar la justicia (entiéndase, para declarar por sí el derecho e imponer coactivamente sus decisiones).

Y esto no era poco. Que el entramado judicial fuese de tal modo pluralista no significa que careciese de uniformidad y fuera no más que un amasijo heteróclito. Todo lo contrario, desde este punto de vista estructural el problema principal derivaba más bien de la sustancial identidad que acomunaba, por debajo de las muchas diferencias accidentales, a todos los magistrados en su condición de titulares de un *oficio de juez*, con la dificultad consiguiente para delimitar sus respectivas esferas de actuación en la medida imprescindible para componer con todos ellos un *aparato*. Como *tradicional* que era, no respondía éste a ningún plan o programa establecido ni había nada que pudiera asemejarse a una ley judicial como la actual evocada al principio, sino un aluvión de jueces paulatinamente sedimentados en el suelo castellano por la acción de la historia

(9) Alexo SALGADO DE CORREA, *Libro nombrado regimiento de Juezes, scripto por el Licenciado ——, dirigido al serenissimo, muy alto y muy poderoso principe don Philippe nuestro señor. En el qual se contienen algunos acuerdos y auisos de las cosas que los buenos corregidores y juezes deuen considerar y hazer y euitar para administrar bien sus officios, y dar buena y loable cuenta de si y dellos*, Sevilla, 1556 (ed. facs., con "Estudio preliminar" de Carlos Garriga, Consejo General del Poder Judicial, 2004), ff. 6r, 7r, 22r.

y siempre en respuesta a unas u otras circunstancias particulares, que sin embargo –cualesquiera que fuesen– nunca alteraron su identidad sustancial como magistrados: titulares de un oficio de juez, cada uno estaba dotado de potestad para la administración de la justicia, irreductible a un conjunto tasado de competencias y tendencialmente autosuficiente.

A la hora de estructurar un orden, el problema no era entonces cómo ensamblar cosas distintas, sino cómo diferenciar, para así poder ensamblar, cosas sustancialmente iguales. Aunque no es posible entrar aquí en detalles, creo que las reglas de composición del aparato dependen básicamente de las divisiones que pueden operarse en el seno de la *iurisdictio*, como definitoria que es de la condición judicial. En este sentido, las dos nociones clave son *jurisdicción ordinaria* y *grado jurisdiccional,* que se mueven respectivamente en el plano del *territorio* y en la escala prefigurada por los *recursos* judiciales, permitiendo la composición horizontal y la estructuración vertical de todos los magistrados. Como un somero ensayo de deconstrucción pone de manifiesto, las posibilidades y los límites de "ensamblar" –no encuentro mejor expresión– a los magistrados dependían básicamente de las combinaciones que podían realizarse entre territorio y grado para delimitar sus respectivos ámbitos de actuación. Eran tres.

(i) La delimitación de magistrados de igual grado y territorio distinto (colindante) resulta de las reglas *de iure finium* (o derecho de límites). Conforme al derecho, está claro que *iurisdictionem nemo habet extra suum territorium,* sean los alcaldes ordinarios, sean los príncipes de la Cristiandad (*Partidas* 3.4.7 y su glosa): si la jurisdicción ordinaria es aquella que se confiere para el conocimiento de la universalidad de causas en un territorio, cualquier juez *extra locum suae iurisdictionis dicitur priuatus homo,* y como tal debe responder por la actuaciones que realice en uso del oficio. Esto es fundamental. En cada grado jurisdiccional, los territorios, como tierras jurisdiccionalmente

equipadas, funcionan, pues, y sea cual sea su estatus, como circunscripciones real y efectivamente separadas a todos los efectos. Como se vio bien en América, una vez realizada la distribución territorial de la jurisdicción, que se legitima como regalía (*ius confinandi*), pero es debida por lo más a la tradición, tiende a perpetuarse en virtud de las reglas *de iure finium,* claramente orientadas al mantenimiento de los confines establecidos (hasta el punto de considerar por principio que los *fines publici sunt imprescriptibiles).*

(ii) La concurrencia de magistrados de igual grado jurisdiccional en el mismo territorio, viene resuelta –por decisiones que se imputan igualmente al rey– de tres posibles modos:

a) Colegialidad o incorporación de los magistrados en un tribunal, un colegio de jueces, que fue la solución decididamente implantada aquí en la jurisdicción suprema y sólo en ella, en cuya virtud la potestad corresponde al tribunal y no a cada magistrado, que debían por tanto actuar *in solidum* (y en principio, por mayoría de votos). El punto de conflicto entre los magistrados se traslada aquí al interior del tribunal, obligando a determinar qué actuaciones pueden ser unipersonalmente realizadas, cuáles requieren de colegialidad y cómo se organiza ésta.

b) Jurisdicción privativa, con el objeto de delimitar ámbitos excluyentes de actuación, mediante la habilitación de unos jueces y consiguiente inhibición de los restantes de igual grado concurrentes en el territorio, ya sea a partir de las distinciones que admite la noción de *iurisdictio*: civil/criminal, ordinaria/especiales (delimitadas con el criterio que sea: material, como hacienda; personal, como militar; etc.); o simplemente por medio de apoderamientos particulares de unos magistrados en detrimento de otros –que fue el modo como adquirió competencia el Consejo Real para ciertos asuntos, generalmente de notable entidad política, frente a la(s) Audiencia(s)–.

c) Jurisdicción acumulativa, que era lo más habitual en la primera instancia, normalmente para el conocimiento *a prevención*: la concurrencia jurisdiccional (sean ordinaria o especiales) se resuelve entonces *a posteriori* y casuísticamente mediante ciertas "reglas de competencia" (o *fuero*) que *surten* (de casos) la jurisdicción y proporcionan criterios para resolver los conflictos que se susciten (entiéndase, las competencias entre éstas por el conocimiento de aquéllos).

(iii) Por último, entre magistrados situados en diferentes grados jurisdiccionales dentro de un mismo territorio (el que lo sea de la jurisdicción mayor) operaban los dispositivos jurisdiccionales de la potestad soberana, que vinieron a institucionalizar los mecanismos ascendentes y descendentes de la jurisdicción real forjados en el curso de la evolución bajomedieval y genéricamente englobados como delegaciones (cuya forma más extensa era la *visita* del territorio, que se consolidó como parte del oficio de juez real ordinario) y recursos (contra los agravios). Además de los judiciales, tienen especial interés los recursos extrajudiciales, cuya matriz fue la *simple querella*, deducida siempre que se pretenda el amparo (y no la declaración procesal) del derecho, para evitar o corregir un atentado, con su cortejo de consecuencias, que para lo que aquí importa pueden llevar a provocar (*provocatio*) o avocar y retener la causa en el tribunal. Los llamados *casos de Corte*, que suponen una alteración notable de las reglas ordinarias de competencia (en la medida que atribuyen a la suprema jurisdicción en primera instancia), vienen a ser otras tantas condensaciones de esta práctica, sumaban ya a las alturas del siglo XVII unos cuarenta y, dada la indeterminación legal, quedaban casi por completo al albur de los tribunales supremos.

En la medida que sean extrajudiciales, estos mismos son los medios que sirven para instrumentar la posición del rey como garante de la justicia administrada en su reino por jueces y tribunales de otras jurisdicciones, las que tienen dependencia eclesiástica, respectivamente bajo las formas de *visitas* y *recursos de fuerza* (incoados mediante *simple querella,* para desatar las cometidas por una jurisdicción independiente del rey contra los naturales del reino).

El aparato que resulta de componer a los magistrados con estos criterios tiene carácter abierto, está muy precariamente articulado y funciona de manera intensamente conflictual. Ninguno de ellos permite operar divisiones tajantes (o decididas de una vez y para siempre) y muchas veces sólo en atención a las circunstancias de cada caso pueden precisarse, así que el conflicto no pertenecía entonces a la patología sino a la fisiología del cuerpo judicial, apenas paliado por el hecho de que las divisiones practicables en la *iurisdictio* no siempre ni mucho menos daban lugar a distinciones orgánicas, sino que muy a menudo las jurisdicciones resultantes eran acumuladas en las mismas magistraturas y se traducían simplemente en diferencias procedimentales. Así, la distinción básica entre jurisdicción civil y jurisdicción criminal (sujeta como casi todo a controversia jurisprudencial) prácticamente sólo en la jurisdicción suprema identificada con el rey de la Castilla metropolitana encarnó en magistraturas diferenciadas (oidores y alcaldes, quizá para dar entrada entre los primeros a letrados de condición eclesiástica –incapacitados para imponer penas *de sangre*–, como a menudo se daba). Con muy escasas excepciones, pues, los jueces conocían indistintamente de lo civil y lo criminal, y los supremos podían acumular a título unipersonal o colegiado varias jurisdicciones especiales en su distrito. Sea como sea, con frecuencia era la dinámica del oficio (el ejercicio de la jurisdicción) la que iba marcando posibilidades y límites, condensadas en disposiciones o prácticas habilitantes e inhibitorias, que pasaban a integrarse en la constitución tradicional de las magistraturas.

A partir de aquí, quien realmente quiera levantar la planta judicial castellana, detallando esta constitución histórica del orden de magistrados, debe tener la pulcritud y armarse con la paciencia de un cartógrafo borgiano (pues en efecto, las posibilidades y los límites del oficio sólo casuísticamente iban cobrando

cuerpo, dificultando sobremanera cualquier generalización –o representación– historiográfica). Dicho de otro modo, no es que haya una estructura institucional previamente definida en la que encajan los magistrados, sino que éstos cuando son ordinarios llevan ingénito como parte de su oficio tanto una adscripción territorial como cierto grado jurisdiccional que determinan las relaciones que entablan con otros magistrados (ordinarios o no), los impulsa –por así decir– en fuerza de la responsabilidad que cualquier extralimitación comporta a ocupar el sitio que les corresponde en el conjunto y los deja al cabo estructurados en un orden conflictualmente definido. La organización resultaba entonces de la tradición. Y todavía puede decirse esto mismo de otro modo más: la uniformidad –si no la existencia misma– del aparato judicial no depende de la ordenación previa (o administrativa) sino que resulta de la resolución posterior (o jurisdiccional), principalmente articulada mediante la responsabilidad (personal y patrimonial de cada magistrado por el uso del oficio, en los términos que se verán luego).

La uniformidad judicial, por debajo de la mucha variedad y el intenso pluralismo, no puede entonces referirse a ningún principio organizativo o jerárquico, sino que es debida a la fuerte impronta axiológica consustancial al oficio de juez. Aunque la *potestas creandi magistratum* se construye jurídicamente como regalía, cuando no es directamente ejercida por el rey vale sobre todo como presupuesto necesario para justificar sus intervenciones reparadoras *–a posteriori*, valga el pleonasmo–, que la falta de cualquier control previo vuelve sumamente relevantes y sirven para imponer un cierto modelo de juez, que corre principalmente a cargo de los tribunales situados en el grado jurisdiccional supremo.

El momento de unidad, en efecto, no podía provenir entonces de la organización, sino de la participación en unos mismos valores y venía dado por el significado que daba aquel orden a *ser juez*, en un doble sentido: como modelo *de juez*, que se proponía discursivamente a todo el que tenía la potestad de designar jueces, y como modelo *para el juez*, que se imponía jurisdiccionalmente a cada uno de los designados, cualquiera que fuese su grado y condición. Así, el Dr. Alonso de Heredia pudo escribir en la segunda mitad del siglo XVI un *dechado de jueces,* con la expresa finalidad de "dar a entender quales tienen los Señores de procurar las personas para encargarles los Officios de Iuezes", en sus *estados y tierras,* donde obviamente pueden encontrarse todos los tópicos habituales acerca de "qual deue ser vn buen Iuez"; que unas décadas antes había desarrollado mejor Salgado Correa en su *libro nombrado regimiento de jueces,* escrito para *instruir* a los "que nueuamente auian de administrar [...] del modo como se auian de auer en sus officios y administraciones para hazer en ellas lo que deuian, y dar loable cuenta de si"; obras que cito como primeros pasos autóctonos de un camino que siguió andando hasta el final (10). Este modelo cultural, que confiere uniformidad –unidad de criterio, por así decir– al aparato, era común a todos los jueces, pero buscó encarnarse sobre todo en su parte más excelente, la que ocupaban los magistrados supremos.

Si hay un signo claro del desarrollo moderno es la consolidación de los tribunales supremos, caracterizados de suyo por la inapelabilidad de las decisiones y cada vez más propensos a identificarse con el *princeps* y actuar, en consecuencia, como instancias soberanas. La vía que al efecto siguió la jurisprudencia (como saber de los juristas) en Castilla fue su equiparación con el *perfectus pretorio* romano, que hacía de estos magistrados *pars corporis principis* y predicaba de los tribunales que corporativamente formaban *principis personam representant in*

(10) Alonso de HEREDIA, *Dechado de Iuezes en el qval se hallara la mvestra de qval deue ser vn buen Iuez. Compuesto por el doctor Alonso de Heredia gouernador y bayle del Marquesado de Elche Baronia de Azpe, y castillo de Sancta Pola, puerto y costa de mar, muy vtil y prouechoso para que los Principes y Señores que proueen Iuezes para sus tierras, entiendan quales los deuen buscar,* Valencia, 1566, in princ.; SALGADO CORREA, *Libro,* f. 4r.

iudicando, lo que obviamente venía a singularizarlos en el conjunto de los jueces. Sin más que intensificar las reglas de competencia jurisdiccional tradicionales, durante la llamada Edad Moderna la justicia suprema se destaca paso a paso de la ordinaria, ésta cada vez más sujeta (o al menos, sujetable), aquélla de suyo incontenible. Al tiempo que desarrollan una creciente capacidad de intervención sobre la actividad de los jueces inferiores (avocaciones, consultas), los tribunales supremos tienden a actuar como el mismo *princeps* al que están equiparados: *Et quod de persona Principis dicimus, extendendum est ad Supremum Senatum, & Regias Chancellerias: quia eius vicem gerunt, & representant* (Carrasco del Saz); acentuando así la identidad principesca de unos tribunales tan literalmente decisivos en la determinación del derecho que en algunos sitios se proclamaban capacitados para *iudicare tanquam Deus.*

Al calor y como parte de este proceso, la figura jurisprudencial del *iudex perfectus*, elaborada con todos los tópicos acerca de la justicia y sus condiciones de realización, alcanzó entre los siglos XVI y XVII su mayor y mejor desarrollo. Tengo para mí que esta intensificación de los medios discursivos de disciplina generados por el propio orden –sin impulso político, quiero decir– guarda estrecha relación con la extrema dificultad para garantizar institucionalmente la recta actuación de unos magistrados que definían de manera ordinariamente irreparable la justicia. Y así, los tribunales supremos vinieron a ser la morada natural del perfecto juez, que se predicaba como modelo de y para todos los demás jueces.

IV. *IUDEX PERFECTUS* Y OFICIO DE JUEZ: LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA

A mediados del siglo XVII, alguien que quería destacar "lo que deve hazer para ser bveno y perfecto Alcalde, el que lo fuere de la Chancilleria de Granada", arrancaba directamente

así: "Lo primero, anteponer el temor de Dios, y la administracion de su justicia à todas las demas cosas y intereses de la tierra" (11). Sin negar la importancia de cualidades y atributos varios, que eran tenidos bien en cuenta en la designación de magistrados y entre los cuales ocupaban un lugar muy destacado la ciencia y la experiencia, no hay texto que, tratando de la condición judicial, deje de advertir –como éste: *lo primero*– que era insoslayable la adhesión al orden y el compromiso con la justicia, que los juristas expresaban de distintos modos y venía genéricamente formulado como *temor de Dios*. Llegado el caso, ni siquiera la condición letrada se consideraba imprescindible, y no ciertamente por una cuestión de oportunidad, como era la obligación que tenían los jueces legos (fueran rústicos o militares, de "capa y espada") de actuar con asesoramiento letrado, sino por la muy sustancial razón de que era en la *conciencia* –y no en la *ciencia*– donde se hacía radicar el conjunto de dispositivos que inclinaban a –y permitían administrar rectamente– la justicia (asociada como estaba a los órdenes trascendentes de la *aequitas* y el *ius naturale,* alimentados por la religión); como todavía recordaba Manuel Silvestre Martínez, cuando resumía la panoplia de condiciones que debía atesorar todo *alcalde perfecto*: "No hay sabiduría perfecta donde el temor de Dios falta, [...]: con él se alcanza el acierto en cuanto bien se desea, y se gradúa el Juez de prudente, y docto [...]" (12).

Todo el régimen del oficio trataba de favorecer esta integral dedicación a la justicia, que tenía a Dios como arquetipo. No creo que sea necesario multiplicar los testimonios. Ante la imposibilidad de hacerme aquí cargo por extenso de esto, me ha parecido conveniente insistir en este preciso punto, porque el

(11) *Lo que deve hazer para ser bveno y perfecto Alcalde, el que lo fuere de la Chancilleria de Granada* (Biblioteca Nacional, V/Cª 1117-72, s. f., pero posterior a 1636).

(12) Manuel Silvestre MARTÍNEZ, *Librería de jueces, utilísima y universal para Abogados*, III, Madrid, 1791, cap. I.

"temor de Dios" era la vía de comunicación derecho-religión más directa, por la cual los preceptos de ésta entraban a formar parte del estatus de magistrado y contribuían a conformar el régimen del oficio establecido por aquél, que se quería siempre ejercido bajo la admonición atribuida al Espíritu Santo: "que tomará Dios estrechissima residencia [o sea, cuenta] à los que goviernan à otros". Considerando siempre "el juez que es ministro de Dios en la tierra para hazer justicia, y para el castigo de los malos, y loa de los buenos", recordaba Castillo de Bovadilla:

> ha de tener "a Dios delante de sus ojos en sus juyzios y determinaciones, [...] y note que fue puesto desnudo en la cruz, quando exercito Oficio publico, el qual es cruz, y el que administra ha de estar desnudo de todos los afectos propios, y vestido del amor de los muchos, para imitar al hijo de Dios considerando que la vida es breve, y que ha de yr a ser juzgado del, como lo escrivio san Gregorio [...] y de tal suerte proceda, que [...] se tenga del opinion indubitable de entero e incorrupto juez, mostrandose recto, grave, severo, enemigo de adulacion, poderoso, y contra los iniquos y malos, rigido e inexorable; y con la fuerça y magestad de la verdad y equidad, espantoso, mostrandose paciente en sufrir, sossegado en averiguar y determinar, riguroso en amenazar, imitando a Dios [...] (13).

Basado en un famosísimo texto de Aulo Gelio que exaltaba las virtudes que debían reunir los *iustitiae antistes* (*Noctivm Atticarvm libri XX*, XIV, 4), éste era el modelo de juez que servía de referencia en una cultura –la *cultura del don*– que, sabiendo muy bien que "el dar es cautivar al que recibe", buscaba mantener al juez bien encerrado en su propio cuerpo y

(13) CASTILLO DE BOVADILLA, *Política,* lib. II, cap. II, n. 21 y 20 (I, págs. 226-227).

separado de todos sus afectos, al margen del juego social y aislado en su conciencia judicial... Esta es la idea que, llevada a sus últimas consecuencias por la literatura *de iudice perfecto*, alienta en una cultura que entiende –e *institucionaliza*– la justicia principalmente como justicia de magistrados.

La figura ideal, cuyo arquetipo es aquel *iudex perfectus*, proporciona así –como quedó dicho– un *modelo de* juez, que se impone a quien tiene la responsabilidad del gobierno de la justicia e impregna de principio a fin el régimen del oficio, el oficio de juez, que da sentido –en sentido literal– al entero entramado de la justicia; y es al mismo tiempo un *modelo para* el juez, un espejo donde el titular debe mirarse con el fin de actuar su oficio en conciencia y como sea jurídicamente debido. El *gobierno de la justicia* conducido por la Monarquía católica en la Corona de Castilla –y llevado en las Indias (dadas las circunstancias, extremas por tantos conceptos) hasta el paroxismo– puede muy bien entenderse como el continuado proceso de institucionalización de un conglomerado de categorías tradicionales acerca de jueces y juicios (aunque no fuera de forma lineal ni carente de contradicciones, por supuesto), cuyo sentido es, si así puede decirse, la *objetivación* de la figura del *iudex perfectus*. De ahí que la comprensión del magistrado en estos términos virtuosos sea la clave cultural para comprender los dispositivos de la justicia: aquella que, abriendo el universo de significados que encerraba entonces ésta, da sentido a las prácticas institucionales en que se sustanciaba aquel orden.

Venían siempre aquí a colación aquellos *quatuor modis humanum iudicium peruertitur* (C. 11 q. 3, c. 78), de larguísima tradición e inagotables efectos como poderosos adversarios del juez: *temor, codicia, odio y amor,* los mismos que evoca Castillo en el texto que encabeza estas páginas; donde hay pasiones no hay justicia, desde el momento que sobreponen la *persona privada* a la *persona pública* del juez e inclinan su ánimo hacia una de las partes en perjuicio de la otra (*acepción de personas*), desplazándolo de su posición como mediador de la justicia y rompiendo la igualdad que su realización exige.

La construcción jurídica de la figura de magistrado se basa en esta directriz: los magistrados deben actuar el oficio, es decir, ejercer la potestad que reciben para declarar el derecho de cada uno, como personas públicas, manteniéndose por completo ajenos a los afectos (o inclinaciones) que tienen como personas privadas. En aquel mundo de estatus plurales, donde el término persona significa precisamente a "cada uno reconocido en su estado", *el magistrado* es una categoría de persona pública y, por tanto, *cada magistrado* el resultado de dotar a una persona privada (como conglomerado de situaciones que definen su posición social –ser padre, ser amigo– sin relevancia política) de poder público (*iurisdictio*), facultándolo para declarar por sí el derecho e imponer coactivamente sus decisiones. Una y otra personas estaban sujetas a regímenes muy diferentes y, desde luego, debían mantenerse bien separadas, para evitar que el poder conferido a la persona pública del magistrado pudiera ser indebidamente utilizado en beneficio de su persona privada. Sin esta distinción básica no se entiende el régimen del oficio, es decir, el ejercicio de la jurisdicción. Conforme a su raíz latina, el término oficio (*officium*) ligaba facultad y deber, *la facultad al deber: officium iudicis*, oficio de juez, integra así el conjunto de reglas que determinan lo que el magistrado puede y debe hacer en cada caso como persona pública, prescribiendo las sanciones que le corresponden si usa el poder del oficio como persona privada.

Aunque con las dificultades y controversias de rigor, la regla de derecho establecía que los magistrados debían ejercer el oficio de juez para administrar la justicia en sus términos procesales (*secundum allegata et probata*) y conforme a derecho (*secundum iura legesque*), pero en aquel orden jurídico plural y complejo esto no puede de ninguna manera entenderse en términos legalistas, y se concreta más bien en aquella obligación de actuar como *persona pública* y de acuerdo a la *communis opinio* para adaptar el proceso y el derecho a las circunstancias del caso controvertido. Sólo en este marco cobran sentido las

leyes reales, que obviamente gozaban como tales de la misma autoridad incuestionada que su artífice en la construcción del discurso jurídico. Si es claro que no cabe minusvalorarlas tampoco puede olvidarse que presuponían y hacían parte de un orden jurídico superior y previo e independiente de la voluntad del rey-legislador, que únicamente los *iurisprudentes*, especialmente en su condición de magistrados, estaban en condiciones de "gestionar" –como *sacerdotes* que eran de la *iuris religio* (*Digesto* 1,1,1,2, gl. *sacerdotes*, y 1,1,10, 3)– mediante la *interpretatio* y la *conscientia*, respectivamente. El orden jurídico ponía a su disposición el *arbitrium iudicis* para este efecto: invariablemente definido como la "potestas disponendi et providendi secundum conscientiam" (*pública,* obviamente), era un poder de apreciación personal, pero que debía ser ejercido en atención al orden y hacía del juez un elemento decisivo en la cadena de producción del derecho (esto es, para la formulación de la regla misma relevante en cada caso).

Era este conjunto de categorías tan densamente normativas –juez, juicio, derecho– el que delimitaba el marco donde se movían los magistrados, cuyas posibilidades y límites de actuar variaban en función del grado jurisdiccional que ocupasen: valen como tales para todos, pero no se hacen valer a todos por igual. Desde este punto de vista, como queda dicho, la llamada Edad Moderna contempla diferentes desarrollos doctrinales orientados a fundamentar que los magistrados supremos juzgaban *tanquam Deus,* por controvertido que en Castilla, a diferencia de otras partes, pudiera doctrinalmente ser: estos magistrados –se subrayaba– "*representan la persona Real, y como el Rey juzgan segun Dios en la tierra, la verdad sabida, y por presunciones, aunque no concluyan, y segun les dicta su conciencia, y pueden exceder de las leyes*" (14).

(14) CASTILLO DE BOVADILLA, *Política*, lib. II, cáp. X, n. 14-17, cap. XXI, n. 134 (I, págs. 313-314 y 682), lib. V, cap. I, n. 137, cap. III, n. 58, al cual pertenece la cita (II, pág. 549).

Sea como fuere, y sería –¿quién lo duda?– como decidiese cada juez supremo en conciencia, la verdad de la justicia se hacía depender del consenso entre magistrados. El problema de la justicia se resolvía, en términos institucionales, mediante la aritmética de las instancias y los votos, es decir, decidiendo qué número de jueces debían concurrir para considerar definitivamente resuelto un pleito (entiéndase, declarado el derecho que convenía en justicia al caso), sea sucesivamente a través de la escala vertical de los recursos (exigiendo la conformidad de tres sentencias para hacer *cosa juzgada*), sea simultáneamente en el plano horizontal de los tribunales supremos, estableciendo el número de votos necesarios para sentenciar (también tres, con carácter general) y toda una economía organizativa explícitamente orientada a mantener la independencia de criterio de los magistrados y la formación *espontánea* del consenso (composición de salas, prohibición de deliberar en los acuerdos, etc.). Como ha escrito Ajello, la sentencia es "*motum animi,* y en el *animus* del magistrado está la única garantía de legalidad ofrecida por el ordenamiento".

A nadie sorprenderá que, a partir de aquí (y no al revés), la causa (o motivos) de la decisión debieran permanecer secretos, encerrados en la conciencia del magistrado, que no en vano administraba la justicia en descargo de la real conciencia. La justicia no está a disposición del público, sino que pertenece al princeps: "quia conscientia Magistratus vna est cum conscientia Principis [...], et proinde Princeps conscientiam suam Magistratibus conmictit, vt in pacifico statu subditos teneant, reddendo vnicuique quod suum est" (15); y en consecuencia, éstos no pueden publicar sus motivos –la *causa* de la decisión– sin el consentimiento de aquél. La garantía de la justicia no consiste en mostrar que la decisión se ajusta a un orden preconstituido, sino en enseñar –o representar– que el magistrado que la adopta está

(15) Garsía MASTRILLO, *Tractatus de magistratibus, Eorum Imperio & Iurisdictione*, Venecia, 1667, lib. III, cap. I, *maxime* n. 19-20 (pág. 236 para la cita).

capacitado para encontrar la solución que conforme al orden se adapta a las circunstancias del caso. Esto es tanto más remarcable en consideración a la regla de derecho, tradicionalmente seguida en Castilla (a diferencia de los reinos de la Corona de Aragón), contraria a *exprimere causam in sententia*, que se justificaba en la incerteza jurídica (como diríamos hoy): "notissima est in iure conclusio, quod in sententia non est causa inserenda, alias enim fatuus esset iudex, qui id faceret, uptote, quia aperit viam suae ipsius impugnandae sententiae [...]" (16); lo que de necesidad conducía a localizar la autoridad (o justificación) de la sentencia, ya que no en la decisión (que no podía dar razón de sí), en la persona misma de quienes la dictaban, subrayando fuertemente el papel del magistrado en la determinación de la justicia.

Bien puede entonces enfatizarse –de vuelta al principio y como otras veces he escrito– que el secreto es, como a menudo se decía, *la cosa más sagrada de los tribunales,* la clave que sostiene el templo de la justicia, el punto sobre el cual descansa y en el que se apoya todo el entramado judicial: no sólo contribuye a explicar cada uno de los elementos que componen este régimen, sino que da sentido al conjunto que todos ellos forman, inexplicables como son si no se toma en consideración el secreto que cubre la *causa* de la decisión y es la matriz de todos los demás (los que afectan a cada voto, a los motivos que en conjunto forman y al ámbito donde se acuerdan), en el marco de una cultura jurídica que tenía el secreto como uno de sus elementos constitutivos. Como condición *sine qua non* de la justicia, la obligación de guardarlo formaba parte también del juramento que prestaban los magistrados, había sido legal y reiteradamente sancionada en el derecho castellano, y fue decisivamente actualizada por Felipe II para todos los altos tribunales de la Corona en 1594, cuando una real pragmática sujetó el "delito de no guardar secreto" a los mayores rigores

(16) Así, p. ej., Hieronymo de CEVALLOS, *Practicarvm et variarvm quaestionvm communivm contra commvnes* [...] II, Toledo, 1600, lib. 2, q. 718 (II, págs. 360-361).

procesales y fue severísimamente sancionada la violación del secreto de los acuerdos (17). Como dijo Felipe V, en línea con una nutrida serie de pronunciamientos similares: "*porque el secreto es el alma de las resoluciones, encargo, y mando se observe religiosamente en quanto se tratáre, y resolviere*" (18). Repito la idea básica: aquel mundo de imágenes y representaciones no veía la justicia en la adecuación de la sentencia a ley, sino que la hacía depender del comportamiento justo exteriorizado por los magistrados que la pronunciaban, y no porque pudiera prescindir de las leyes en este trance, sino porque descansaba en el entendido de que los magistrados que se comportan de la forma jurídicamente debida y actúan por el procedimiento establecido adoptan decisiones ajustadas a derecho: *administran la justicia*.

En estas condiciones, como la justicia no resulta de la ley sino que depende del magistrado, no es preciso garantizar la recta aplicación de aquélla sino el comportamiento justo de éste. Las garantías de una justicia judicial han de estar concentradas en la persona y no en las decisiones de los jueces.

V. LAS GARANTÍAS DE LA JUSTICIA: RECUSACIÓN Y APELACIÓN /RESPONSABILIDAD JUDICIAL

"Duo sunt contra judicij improbitatem remedia. Ante sententiam recusatio. Post sententiam appellatio: Judex enim ob gra-

(17) "Prematica para que se tengan por prouança bastante, con los que reuelaren el secreto de lo que se trata en los Consejos, y acuerdos de las Chancillerias, y Audiencias, prouandose con testigos singulares, segun y como, y con las circunstancias que está proueído contra los juezes que reciben dones de las partes que litigan", dada en Madrid, 13.IV.1594 (impreso que he consultado en la Biblioteca Nacional, R/31763), cuya parte dispositiva fue recogida en *NR* 2.5.82 (con alusión a *NR* 1.4.5 y 3.9.6, ésta contra los jueces que reciben dones de los litigantes).

(18) RD 24.II.1701, dirigido al Consejo de Indias, *apud* Antonio de ELIZONDO, *Práctica universal forense de los tribunales de España, y de las Indias*, V, Madrid, 1794, p. I, cap. IX (V, págs. 144-145).

vamina jam illata non recusatur, sed ab eo appellandum est [...]. Atque haec duo aequiparari solent" (19). Creo que esta frase del jurista valenciano Crespi de Valdaura significa bien cuáles eran las principales garantías de la justicia en el universo conceptual del *ius commune*, destacando además su complementariedad, que venía por lo común expresada en la máxima recurrente: "appellatio et recusatio pari passu ambulent". Recusación y apelación son remedios, o recursos, contra el mal juzgado (*iudicii improbitatem*), debido al comportamiento deliberada o imprudentemente injusto del juez, que se suponen y mutuamente requieren como garantías de la justicia. Ambas comparten fin y desempeñan igual función, pero se diferencian primero que nada por el momento procesal –anterior o posterior a la sentencia– en el que pueden intentarse: una y otra son respectivamente deducidas, como decían los canonistas, *propter suspicionem* y *propter gravamen*, o sea, para evitar y para corregir (o reparar, llegado el caso) los agravios de los jueces.

(i) Para evitar el mal juzgado, en esta lógica se debe evitar al juez que se sospecha incapacitado para administrar justicia en el caso de que se trate. Dos reglas o principios ampliamente elaborados por la jurisprudencia concurren aquí.

(a) *Nemo potest esse iudex in propria causa* (a excepción del *princeps*), sencillamente porque quien ostenta la doble condición de juez y parte queda incapacitado para actuar como el *mediador* que el magistrado debe ser. Era *propria* toda *causa* que afectaba al juez *ut privatus*, que la tradición refería a los pleitos suyos y de su familia más inmediata y aquéllos que hubiera patrocinado como abogado, que el derecho castellano

(19) Cristóbal CRESPI DE VALDAURA, *Observationes illustratae decisionibus Sacri Supremi Regii Aragonum Consilii, Supremi Consilii S. Cruciatae, & Regiae Audientiae Valentinae*, Lugduni, 1677, p. I, obs. IX, q. VI, n. 60 (pág. 144); y también, obs. X, § II, n. 83 (de donde cito) (pág. 155).

particularizó en algunos casos y actualizó en diversas ocasiones. Todos ellos justificaban la abstención del juez, su inhibición *motu proprio*, de otro modo difícilmente asumible por un orden que había dispuesto la recusación para separar del pleito al juez sospechoso de parcialidad.

(b) *Nadie puede venir obligado a litigar ante juez sospechoso*, fue la máxima que sirvió para introducir y fundamentar la recusación en el universo tópico del *ius commune*, en respuesta a una exigencia muy bien expresada por Covarrubias:

> «Etiam si nvlla humana lex hac de re fuisset in specie statuta, optimè lector, ratio ipsa fecilimè ostenderet eorum iudicia nobis fugienda, omnibusque modis auertenda fore, quos propter odium, inimicitiam, aliamve causam suspectos habeamus, aut tandem iustè opinamur, maximè amicos esse, & propensos hisce, qui nobiscum aliqua de re controuertunt. Idcirco aequissimo consilio factum est, vt nemo cogatur aequum ferre iudicem, qui sibi sit aduersus, suspectus, & inimicus. *capit. quod suspecti. 3. quaestione quinta.* [C. 3 q. 5, c. 15] *l. apertissimi. C. de iudic.* [C. 3.1.16] [...]» (20).

La recusación afectaba frontalmente a la defensa y en este concepto formaba parte del selecto grupo de dispositivos procesales pertenecientes al derecho natural (*defensio, quae de iure naturali est*), como se recordaba todavía a fines del siglo XVIII: "no puede quitarla el Príncipe, ley, ni estatuto, porque mira a la defensa natural, y embebe en sí perjuicio irreparable" (21). De ahí que todos los jueces (y por extensión, quienes participasen en la administración de la justicia) pudieran ser recusados.

(20) COVARRUBIAS, *Practicarum Quaestionum*, cap. XXVI: "De recusationibus iudicum, eorum praesertim, qui ab ipso Rege in hoc munus eliguntur, vt in eius summis praetoriis ius vnicuique reddant", págs. 196-201: pr. (I, pág. 196).

(21) Josef FEBRERO, *Libreria de Escribanos, é Instruccion juridica theorica practica de Principiantes*, Madrid, 1789, III, cap. I, § XII, n. 431 (pág. 277).

¿Cómo? Desde un primer momento coexistieron en el *ius commune* dos regímenes distintos para la recusación del juez ordinario: el civil, presentado como romano-justinianeo, que era sumamente abierto en sus requisitos, pues no exigía alegación de causa alguna de sospecha, pero también muy limitado en sus efectos, reducidos al acompañamiento del juez sospechoso por persona imparcial en todas las actuaciones procesales del caso; y el canónico, mucho más exigente en sus requisitos (alegación y prueba de una justa causa de sospecha), pero también más generoso –una vez satisfechos– en sus consecuencias, que eran la completa e inmediata inhibición del juez recusado. Sobre esta base, el derecho propio de Castilla resultó de una peculiar combinación de ambos regímenes, en función del grado jurisdiccional del juez sospechoso de imparcialidad, cuya razón de ser es muy clara: mientras que la justicia ordinaria seguía desde 1348 el *débil* régimen civil, allí donde faltaba –y porque faltaba– la apelación, en la justicia suprema, se consideró necesario enaltecer el relieve y la significación de la recusación, mediante la adopción del más *garantista* modelo canónico, que además, al exigir la alegación de justa causa, salvaguardaba la mayor preeminencia de unos jueces designados por el rey para hablar con su propia voz, la voz regia.

(ii) La recusación tenía su complemento en la apelación, que era la garantía por excelencia de la justicia administrada en primera instancia, justificaba por sí sola la construcción de todo el entramado de la justicia suprema, y estaba a su vez íntimamente ligada a la responsabilidad del *iudex iniuste iudicans*, el juez que juzga injustamente. En este sentido, la responsabilidad venía a actuar como el reverso del oficio: si por usarlo indebidamente usurpa la potestad que tiene como persona pública, el magistrado es considerado como persona privada (*censetur ut privatus),* hace de pleito ajeno suyo (*litem suam facit*), o sea, pierde su posición como mediador de la justicia y deviene *parte* a todos los efectos, quedando en conse-

cuencia obligado a resarcir el daño causado al pleiteante agraviado por su negligencia o impericia (*ex quasi-maleficio*) o por hacer uso malicioso del oficio (*ex maleficio*), conforme a las reglas comunes de responsabilidad. El régimen, que fue establecido a mediados del siglo XIII en las *Partidas* y no experimentó desde entonces modificaciones sustanciales, se basaba en la subrogación del juez en la posición del agraviado, con algunas correcciones (*maxime*, el juramento purgatorio del dolo) introducidas por motivos de oportunidad, básicamente para reforzar la posición del juez. Las mayores diferencias afectaban al plano procedimental, donde las restricciones que de necesidad comportaba la convención del *iudex iniuste iudicans* durante el ejercicio del oficio, llevaron a articular un procedimiento para facilitarla a su término, que es la base del llamado *juicio de residencia* (como versión castellana del *sindacato* del *ius commune*), que desde los Reyes Católicos incluyó una pesquisa general sobre el estado del distrito, y con Felipe II se impuso también en el ámbito de la justicia señorial (con revisión encomendada a las Audiencias y Chancillerías), elevado así a la condición de procedimiento ordinario de control y exigencia de responsabilidad a los jueces de primera instancia. Aunque su efectividad dependía básicamente de cómo funcionara el juicio de residencia, en este régimen el magistrado quedaba obligado a responder de la injusticia reparando como si fuese persona privada el daño indebidamente causado como persona pública (es decir, abusando del poderío del oficio), lo que para el caso significa que el acto de poder era entonces inseparable de la autoridad que lo realizaba (dicho en los términos de hoy: no se había construido la ficción de imputar a la organización los actos de sus agentes). En este sentido, la apelación venía a ser una suerte de requisito lógico de la responsabilidad, desde el momento que lo que se sancionaba era precisamente el *mal juzgado,* o sea, la injusticia causada por la malicia o la ignorancia del juez. Aunque no fuera –como no era– necesaria la previa declaración de la injusticia en apela-

ción para intentar la convención del *iudex iniuste iudicans*, las condiciones en que se desenvolvía ésta variaban en función de que se hubiera intentado o no aquélla.

En estas circunstancias, la imposibilidad de apelación consustancial a las instancias supremas (que precisamente por esto se definen como tales) había de replantear por completo el cuadro de las garantías en este ámbito, llevando a la construcción de alternativas (como la misma colegialidad, que también aquí impone sus reglas), que siguieron el ritmo galopante de sus desarrollos desde la época de los Reyes Católicos, distanciándose cada vez más de la jurisdicción inferior, como es característica común ya destacada.

(i) Ante todo, justamente la imposibilidad de apelación definitoria de la jurisdicción suprema, que dejaba a la parte agraviada por la sentencia sin remedio judicial ordinario, llevaría a acrecentar la importancia y la significación de la recusación en las instancias supremas, donde pasó a ser el principal dispositivo de garantía. Su intensa utilización, especialmente por los grandes pleiteantes habituales en este grado, impulsó en las décadas centrales del siglo XVI un notabilísimo desarrollo normativo, que buscaba evitar la malicia de las partes sin restringir sus garantías de justicia. En este sentido, los principales problemas derivaban de la exigencia de alegar y probar justa causa de sospecha, con su vertiente sustantiva (qué causas) e institucional (cómo organizar un dispositivo institucional para decidir acerca de la justicia y veracidad de las causas de sospecha alegadas). Aunque no es posible entrar a detallar el régimen paso a paso establecido, valga decir que el principio de no litigar ante juez sospechoso se sobrepuso siempre a la modesta condición procesal de excepción dilatoria que se reconocía a la recusación, dando ancha entrada a las posibilidades *garantistas* construidas por la jurisprudencia sobre la base de la "equidad deducida de la razón" en el derecho propio de Castilla.

El punto decisivo afectaba a las justas causas de sospecha, ajeno siempre a cualquier regulación legal y objeto de una prolija elaboración jurisprudencial, declaradamente orientada a desterrar las pasiones, para que pudiera realizarse la justicia (*suum unicuique tribuere*). Todas las causas, que podían alcanzar el centenar, giraban en torno a dos polos: aislamiento social (para evitar las relaciones de familia y amistad o enemistad del juez con los pleiteantes) y secreto (para la protección procesal de los votos), que por ser aquí requisitos inexcusables de la justicia fueron siempre también el objeto primordial de las ordenanzas dictadas para los tribunales supremos. En este sentido, como escribí en otra ocasión, globalmente considerada, la doctrina de las *causae recusationis* formaba la contraimagen del *iudex perfectus*, o lo que es igual: venía a formular en términos de garantía el conjunto de obligaciones y prohibiciones que integraban el régimen jurídico de los jueces, tal como figuraba en Castilla preceptuado por las ordenanzas judiciales. Cada quien a su modo, unas y otras –ordenanzas y causas de recusación– servían al fin de construir en la práctica la figura del *iudex perfectus:* aquéllas mediante la disciplina de la persona pública del juez, éstas como garantía frente a su persona privada.

(ii) La identificación con el rey definitoria de la jurisdicción suprema dificultaba sobremanera la responsabilidad por *mal juzgado* de los jueces que ocupaban este grado, sencillamente porque no había ninguna instancia legitimada para enjuiciar unas decisiones que se reputaban como del rey. Por eso, las sentencias dictadas en las Chancillerías por apelación sólo eran recurribles en suplicación para ante sus mismos jueces (grado de *revista*) y siempre que no hubieren recaído en el caso tres sentencias conformes dictadas de grado en grado. Sólo las que hubieren recaído en pleitos civiles de elevada cuantía conocidos en la Audiencia por nueva demanda (esto es, en primera instancia) eran recurribles bajo ciertas condiciones muy restrictivas mediante el llamado recurso de *segunda suplicación con la*

fianza de las mil quinientas doblas, que se interponía para ante la persona misma del rey y por lo común era por éste encomendado al Consejo Real (instalado en el mismo grado jurisdiccional que las Chancillerías).

Más allá de esto no quedaba, en principio, sino la vía de gracia directamente instada ante el soberano, que se encaminaba a veces para evitar que las sentencias firmes surtieran efecto de cosa juzgada, invocando alguna causa bastante para revisar el proceso. Como argumentaba la jurisprudencia, para *audire ex gratia* se necesitaba *causa* suficiente, porque este acto comporta la derogación del derecho positivo en perjuicio de tercero (el beneficiado por la sentencia de revista), "alias Princeps [...] peccat, quando derogat sine causa iuri positiuo" (22). Pues bien, estas razones o algunas de ellas cabían bajo la rúbrica genérica de *injusticia notoria*, que de hecho terminó dando nombre en la práctica a un recurso extraordinario introducido por gracia ante la persona del rey –y nunca bien formalizado– sobre los casos que causaran ejecutoria en las Audiencias por nueva demanda (i. e., fenecidos por sentencia de revista) y no cumplieran los demás requisitos legalmente establecidos para interponer la segunda suplicación. Merece la pena recordarlo aquí, porque el problema que planteó siempre este recurso, y aquel orden no podía resolver, era cómo determinar la "injusticia notoria" de unas sentencias que, además de guardar en secreto sus motivos, eran dictadas por unos tribunales que actuaban en representación de la persona misma del rey.

Salvo estos casos, uno muy restrictivo, el otro sumamente peculiar además de tardío, y ambos civiles, las sentencias que dictaban estos tribunales eran jurídicamente inatacables y por ende justas *a se*. De ahí, en fin, que en cualquier caso las demandas de mal juzgado por negligencia e impericia difícilmente cupieran *de*

(22) Francisco CARRASCO DEL SAZ, *Tractatvs de casibvs cvriae* [...] *Opvs, tam in praxi, qvam in theorica versantibus, maximè necessarium,* Madrid, 1630, n. 178-189 (págs. 32-34).

iure en las instancias supremas y la responsabilidad de sus magistrados tendiese a quedar limitada al dolo (la *malicia*). Para hacerla efectiva, como jueces perpetuos que eran, podían ser *convenidos* en cualquier tiempo, pero la evidente dificultad de proceder por esta vía llevaría desde muy pronto a intensificar los controles regios de la actuación de unos magistrados que, ya a la altura de mediados del siglo XVI, eran vistos así por un solicitador que actuaba en la Chancillería de Granada:

> «que su mt. haze aquí deziséis oydores y tres alcaldes tan reyes como él y pluguiesse a Dios que no lo fuessen más que él y que hiziessen el officio con la modestia y rectitud que él lo haría; el día que se veen perpetuos ni tienen ni deuen ni reconoscen superior y hazen lo que quieren» (23).

Para controlar a unos magistrados *tan reyes* como el mismo rey, desde los Católicos se articuló un procedimiento que llegó a su apogeo entrado el siglo XVI, la *visita,* muy flexiblemente desenvuelta a partir de una pesquisa general sobre el estado del tribunal, pero siempre caracterizada por un rigurosísimo secreto, jurídicamente muy problemático, que ocultaba al inculpado los nombres y las declaraciones de los testigos de cargo (y que por afectar a su defensa sólo podía fundamentarse en el tácito consentimiento de los magistrados al acceder al oficio). Las visitas, practicadas con cierta regularidad hasta mediados del siglo XVII, habían de servir para "premiar a los buenos y castigar a los malos" jueces, condicionando así notablemente su transitar por el *cursus honorum* que fue formando la práctica seguida en los nombramientos para las magistraturas regias.

Para cuando dejaron –o poco menos– de practicarse era aquí evidente, como en toda Europa, el desarrollo de una doctrina

(23) Archivo General de Simancas, Cámara de Castilla, leg. 2733: Visita de Diego de Castilla a la Chancillería de Granada: declaración de Cebrián de León, solicitador del marqués de Gibraleón (1554), en Libro, t. II, f. 1014v.

cada vez más reivindicativa de la posición y autoridad de los magistrados supremos, que acentuaba por ello la característica *justicia animada* de aquel orden judicial: *de auctoritate magistratuum* se decía que era "el alma de la justicia, la essencia de un Reino, que sin justicia, sin ellos no se puede conservar, como el cuerpo sin la respiración y el aliento. [...] Y se da por mui a peligro de perderse el Reino, donde no se hallan autorizados, y en grande veneracion los Magistrados" (24).

VI. Colofón: justicia y *reformismo borbónico*

No parece que a lo largo del siglo XVIII el llamado *reformismo borbónico* haya invertido aquí esta tendencia. Al contrario, el siglo se inició con la implantación del modelo judicial castellano en los reinos de la Corona de Aragón, revalidada y desenvuelta en las décadas posteriores. Las ordenanzas dictadas para la Audiencia de Cataluña en 1742 constituyen un testimonio concluyente en este sentido. Es verdad que la Monarquía acometió a partir de entonces algunos cambios significativos en el entramado institucional tradicional, que pueden quedar genéricamente englobados en un proceso de *administrativización* de la Monarquía, pero en el ámbito sustantivo de la justicia no hubo más que *restauración*: sólo mediante las viejas reglas y sus procedimientos se consideraba entonces posible alcanzar la *buena administración de la justicia* (como de modo general se recordó, por ejemplo, en la Real Orden de 9 de enero de 1770).

No podía ser de otro modo. La justicia era de tal manera consustancial al orden constituido que no podía cambiar sin alterar los fundamentos mismos de la constitución tradicional. Como

(24) Juan Bautista LARREA, "Por la autoridad de los ministros de Su Magestad", *apud* VOLPINI (2004), págs. 297-332, esp. 297-298. Para la expresión que da título a estas páginas, CASTILLO DE BOVADILLA, *Política,* lib. II, cap. II. n. 78 (I, págs. 244-245).

bien demuestra la experiencia del *reformismo borbónico* en su vertiente más novedosa, en aquel orden no había otra manera de alcanzar una administración más directa del territorio y de sus gentes que manipular trabajosamente las categorías tradicionales para reducir los espacios materialmente ocupados por la justicia e inevitablemente mediatizados por sus magistrados y construir sobre la base de este modo "liberada" otro aparato, cuyo eje había de ser el intendente y estaría servido por agentes de condición militar, que se pensaban capacitados para poner en práctica unos criterios *administrativos* (y no judiciales) de gobierno –el *gobierno económico*–, en cuanto que no se atenían a los requerimientos procesales de la *iurisdictio*. Para lo demás, estuvo siempre claro que bastaba con "reducir las cosas a su primitivo instituto [...] quitando los abusos, que ha introducido el tiempo" (Campillo y Cossío). Reforma como *restauración*.

Así pues, afirmado lo sustancial, los cambios que se registran, sobre todo en el tramo final del siglo, afectaron tan sólo al plano orgánico y pueden quedar rápidamente englobados con el término *uniformización*, que avanzó especialmente en los últimos años del siglo (y no antes). Por una parte, se ensayó entonces una cierta redistribución del mapa jurisdiccional, para representar (o hacer presente) más eficazmente al rey, tanto con la institución de ciertas Audiencias nuevas (Asturias y Extremadura, en 1717 y 1790, respectivamente, además de las Chancillerías de Buenos Aires, Cuzco y Caracas), como mediante una más adecuada distribución del territorio entre los tribunales así resultantes (que afectó especialmente a las Chancillerías peninsulares tras 1790, reduciendo su distrito), para entonces veinticuatro (25). Además, si bien es cierto que inicialmente se mantuvo una cierta diferencia entre las nuevas (y meras) Audiencias

(25) Valladolid, Granada, Sevilla, Galicia, Canarias, Asturias, Extremadura, Barcelona, Zaragoza, Valencia y Mallorca en Europa, y en América: Santo Domingo, Nueva España, Guatemala, Lima, Santa Fe, Nueva Galicia, Charcas, Quito, Chile, Buenos Aires, Cuzco y Caracas, a las que se sumaba la Audiencia de Manila en Asia.

y las viejas (y plenas) Chancillerías, algunas medidas adoptadas justo en el cambio de siglo venían a *provincializar* las Chancillerías (mediante la adopción del modelo de presidencias-gobernaciones tradicional en las Indias, aplicado con la *nueva planta* en los reinos de la Corona de Aragón y al fin implantado en 1800 en el corazón mismo de Castilla), con el consiguiente alejamiento del Consejo, cada vez más destacado como máximo tribunal del reino, como al cabo refleja en su misma estructura de títulos la *Novísima Recopilación* de 1805.

Por otra parte, la política regalista desplegada en la segunda mitad de siglo impulsó concretos pero significativos procesos de reversión jurisdiccional a la Corona, que obviamente incrementaron la directa presencia del rey (de los jueces del rey) en la administración de la justicia inferior, la cual fue además globalmente reorganizada mediante el establecimiento de una *carrera de corregimientos y varas* (de alcaldías mayores) por Carlos III en 1783.

Así pues, es verdad que en su conjunto se perfila una estructura organizativa cada vez más racionalizada y uniforme, pero esta tendencia se agota en la ordenación de los jueces, sin afectar a la realización de la justicia. Reforma como *restauración*. ya lo dije: es muy significativo que todavía en los años seten a se reafirme sin ambages un elemento tan característico y definitorio de la justicia judicial como la prohibición de motivar las sentencias (imponiéndola a la Audiencia de Mallorca, única que mantenía la vieja práctica aragonesa). Visto en su conjunto, termino, bien podría decirse que estaba en marcha un proceso de *estatalización* de los jueces, pero nada apuntaba a la *legalización* de la justicia.

Con sus quinientos años de historia, poco más o menos, la justicia seguía aquí *animada* por los jueces, y nada presagiaba que al punto fuese a quedar sometida a las leyes. Como el lector o lectora podrá comprobar en los capítulos siguientes, las leyes y su justicia, la *justicia legal*, tardarían todavía en llegar a España un tiempo más.

ORIENTACIÓN BIBLIOGRÁFICA

La complejidad interna de la Monarquía católica como *monarquía compuesta*, en los términos consagrados por Elliott (1992/2003) y recientemente evocados aquí por Arrieta Alberdi (2005) y Gil Pujol (2005), es el presupuesto imprescindible para considerar el universo jurídico y el entramado institucional moderno, en términos que han sido muy bien destacados por Clavero (1990) y Fernández Albaladejo (1992), respectivamente. Ahora bien, los espacios de institucionalización coexistentes en este marco sólo pueden ser debidamente caracterizados desde una perspectiva genética, que en cada caso reconstruya el proceso histórico bajomedieval que llevó a la consolidación del *princeps* como fuente de la jurisdicción en el reino (como intenta Garriga, 1991 y 1994 para la Corona de Castilla). El sentido de la *mayoría de justicia* resultante aquí en su contexto originario ha sido destacado por Vallejo (1998), mientras que Garriga (2004) considera globalmente los dispositivos jurisdiccionales de la potestad soberana que servían para hacerla efectiva durante la época moderna. Contamos con algunos trabajos básicos sobre los modos cómo se articulaban entonces las categorías jurisdiccionales y los dispositivos institucionales, sin los cuales no es posible comprender la constitución histórica del orden de magistrados, especialmente: Hespanha (1990, 1993), Vallejo (1994), Mannori-Sordi (2001). Para las reglas *de iure finium*, el trabajo fundamental se debe a Marchetti (2001).

Más allá de alguna apretada síntesis (como González Alonso, 1988), no hay ninguna exposición global satisfactoria de los dispositivos de la justicia en la Monarquía católica y los que ensayan una descripción institucional, primando en todo caso a Castilla, suelen limitarse a la jurisdicción real (como Coronas, 1998) o se ocupan sólo de alguno de sus tramos (como Canet Aparisi, 1999); una bibliografía más extensa puede hallarse en Garriga (2005). Contamos, sin embargo, con algunas caracterizaciones generales que han servido para la redacción de este texto (Cla-

vero, 1996; Garriga-Lorente, 1997) y diversas obras monográficas sobre los elementos por uno u otro concepto fundamentales del aparato judicial castellano (como González Alonso, 1970; Garriga, 1994; Clavero, 1995; Arregui Zamorano, 2000; Gómez González, 2003; para América, Martiré, 2005), aunque no siempre adoptan la perspectiva jurisdiccional que aquí más importa. El alcance de las ventas y exenciones de lugares ha sido estudiado por Nader (1990). Los datos demográficos recogidos en el texto proceden de Fortea Pérez (1995). Al analizar la *litigiosidad*, Kagan (1981/1991) proporciona una buena visión global del mundo judicial castellano; que puede complementarse con la imagen que transmiten las Cortes, reconstruida por Alonso Romero (1989). El pluralismo y la conflictividad jurisdiccional inherente a aquel orden queda bien ilustrada por la misma Alonso Romero (1997). Para los recursos de fuerza se cuenta ahora con la monografía de Bouzada Gil (2001).

El magistrado, como eje en torno al que giraba aquel aparato de justicia, no puede encerrarse en un estatuto (como parece pretender Roldán Verdejo, 1989), ni tampoco difuminarse como un rol social (en la línea de Pelorson, 1980, seguida por muchos), sino que debe empezar por contemplarse en su contexto jurídico-político (Rovito, 1981). Sobre esta base, para comprender qué significaba *ser juez* en el tiempo largo que llamamos Antiguo Régimen, además de la ilustrativa semblanza de algún magistrado (Tomás y Valiente, 1975/1982), pueden servir de introducción los trabajos de Vallejo (1998) y Garriga (2004 b). En esta línea es muy aprovechable la obra de Barbas Homem (2003). Volpini (2004) ofrece una buena reconstrucción del espacio político letrado.

Para el *oficio de juez*, entendido como el ejercicio de la *iurisdictio*, además de los textos generales citados al final del párrafo primero y en el segundo, deben tomarse en consideración algunos trabajos que se ocupan especialmente de la determinación de la justicia: Ajello (1976), Massetto (1989), Meccarelli (1998), Carbasse/Debampour-Tarride (1999, *maxime* las aportaciones de

Cavanna, Padoa-Schioppa y Renoux-Zagamé), Prodi (2000), Alonso Romero (2001), Garriga (2006). En este contexto, la historiografía jurídica europea destaca cada vez con mayor determinación la posición de los *tribunales supremos*, tal como ha venido a revalidar muy bien últimamente Monti (2003), que cuenta con una rica bibliografía. Garriga (2005) ensaya una consideración general de la problemática específica de estos tribunales en Castilla.

Las garantías de la justicia judicial no cuentan por ahora con ninguna exposición global satisfactoria. El texto precedente se basa especialmente en Garriga (2006 b), donde se ha intentado destacar el significado de la recusación como garantía en su propio contexto jurídico. Aquí interesa, por lo demás, destacar el régimen de la responsabilidad, para cuya consideración general en el universo conceptual del *ius commune* sigue siendo necesario acudir a Nicolini (1955). Para los procedimientos seguidos en Castilla, contamos con la visión global de González Alonso (2000), que puede completarse con Garriga (1991) y específicamente para las visitas con Garriga (1997 b).

Los cambios que trajo el siglo XVIII cuentan con una creciente bibliografía, de la que aquí bastará con referir un par de textos generales sobre el sentido de la *dinámica estatal* en marcha (Clavero, 1995; Garriga, 2002) y algunos trabajos específicos sobre las transformaciones institucionales destacadas en el texto: Gay Scoda (1997), Coronas (1998), Garriga (1996, 1997, 1998).

2. QUIEBRA INSTITUCIONAL Y PROYECTOS CONSTITUCIONALES

CAPÍTULO 3

CRISIS DE LA MONARQUÍA Y NECESIDAD DE LA CONSTITUCIÓN

José M. Portillo Valdés
Universidad de Santigo de Compostela

CRISIS DE LA MONARQUÍA Y NECESIDAD DE LA CONSTITUCIÓN

Los intelectuales españoles de las últimas décadas del setecientos miraron todos, quien más quien menos, a Inglaterra con admiración. Leyeron con indudable fruición desde Montesquieu, en su libro IX donde trataba de la constitución de Inglaterra, hasta títulos directamente alusivos al asunto –como el tratado del ginebrino Jean Louis De Lolme– o descripciones de testigos oculares directos del funcionamiento de aquel milagro político, como la que se trajo de su embajada londinense y publicó el duque de Almodóvar. No les faltó tampoco el pasto de primera mano en su alimento intelectual al respecto: William Blackstone, David Hume, Adam Smith, Adam Ferguson y otros varios autores no se echaban a faltar en cualquier biblioteca que se preciara de culta. Este interés obedecía, sin duda, al prurito de la curiosidad, tan característico de aquellas generaciones, pero también, y de manera muy particular en el caso de España, al hecho de que con Inglaterra se mantenía un enfrentamiento casi permanente desde la guerra de los Siete Años (1756-1763) a la vez que una comunión de experiencia en la conformación de un complejo monárquico atlántico. La generación previa, la de Felipe V, había ya llegado a la conclusión de que la manera más sensata y eficaz de organizar el tinglado hispano era copiando de Inglaterra, esto es, estableciendo una radical distinción entre metrópoli y colonias generando un gigantesco *commercial empire*.

El convencimiento de que esta era la mejor organización posible para la mastodóntica monarquía española facilitó que el pensamiento español del XVIII segregara fácilmente monarquía y nación. Con muy contadas excepciones, cualquier pensador español del momento tenía por evidente que las posesiones extraeuropeas del *Rex Catholicus* –con la excepción de Canarias– contaban como monarquía, pero no como nación. Esta última, aún sin una definición política sustantiva, era cosa sólo de europeos y, de hecho, se sustanció en un espacio tan europeo como la república de las letras. Allí, en esa transfronteriza república, la ilustración española se empeñó notablemente en defender las glorias de la nación española. No era cuestión, como digo, política, sino literaria más bien. Se trataba básicamente de demostrar a los demás *literati* europeos –pues en la referida república la virtud no era un supuesto– que a la nación española también algo le debía Europa, esto es, la civilización. Si Europa y civilización eran sinónimos para quienes frecuentaban aquella república, España, debía considerarse uno de los inversores más decididos en la misma. Las "glorias de la nación española" podían encontrarse en la literatura, la geografía y los viajes, las ciencias, las artes diversas o, sobre todo, en la extensión universal de la fe cristiana.

No interesa ahora, ni mucho menos, reproducir aquellos debates europeos en que unos, como Montesquieu, se divertían de lo lindo y otros, como Juan Pablo Forner o José Cadalso, se desgañitaban por dejar bien lustroso el pabellón de la "nación española". Interesa sí percatarse de que en medio de tanta trifulca lo que estaba dado por asentado era que la "nación española" conocía una geografía estrictamente europea, que no tenía nada que ver con la monarquía. Si esta última eran todos los dominios del rey católico, la nación era únicamente un fenómeno que se producía en la porción europea de los mismos. Ningún intelectual español de cierto peso puso en duda que cuando se hablaba de España cual nación, esto es, como espacio en el que era posible el desenvolvimiento protagonista de la civilización, la referencia era de suyo europea. El resto de los dominios de Su Católica Majestad eran espacios civilizados, pero no fuentes de civilización. Dicho de otro modo, eran monarquía pero no podían constituir la nación.

Se sintonizaba de este modo con una interpretación de los complejos monárquicos atlánticos muy propia del momento. Como ya se ha recordado, quien más quien menos, todos miraban a Inglaterra no sólo cuando se trataba de ponderar su tan idealizada "constitución", sino también para establecer un muy conveniente modelo imperial. Si, como el paradigma enseñaba, era lo más conveniente organizar la monarquía cual imperio, esto es, con metrópoli y colonias, nada tampoco más oportuno que diferenciar nación y monarquía.

Fue en ese Atlántico cruzado de naciones e imperios, de partes principales y dependientes, que se conoció desde 1774 y hasta 1812 un proceso de cambio drástico del orden político que conocemos habitualmente como revoluciones atlánticas. Con arranque en Williamsburg, Virginia, y desembocadura final en la Real Isla de León (San Fernando), Cádiz, aquella revolución adquirió nombre universal en París. En agosto de 1789 en esta ciudad se condensó el mensaje esencial del proceso: "Toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos ni establecida la separación de poderes, carece de constitución" (*Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, art. 16). Se acompañaba también el mensaje con el bien entendido de que esta operación de asegurar derechos y separar poderes sólo podía hacerse mediante concurso de un poder social, el de la nación o el pueblo, sujetos que se entendían por tanto soberanos y únicos habilitados para acto de tanta envergadura.

Aunque, como ponen de manifiesto otros capítulos en este libro, también en el mensaje nuclear de la revolución constitucional el ensayo español se mostró singular, fue precisamente en el tratamiento que se dio a ese sujeto político nuevo, la nación, que hacía de la soberanía un fenómeno social, donde la originalidad fue más acusada para asombro y alucinación de no pocos

observadores europeos. En efecto, la afirmación que abrió la primera de las constituciones españolas, que fue también primera constitución en tantos otros espacios conformados luego como naciones independientes, no era para menos: "La Nación española es la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios". Sorprendente afirmación que no tenía parangón en otras experiencias previas en el Atlántico euroamericano. Transformar todo el imperio previo en nación era algo que deliberada y reiteradamente habían rechazado los gobiernos de Jorge III, el monarca inglés que vio separarse de su corona a las trece colonias norteamericanas, y que los revolucionarios franceses descartaron desde bien pronto estableciendo el principio de que las colonias se gobernaban mediante leyes especiales (el principio que, por otra parte, se acabará también imponiendo en España en su segunda oleada constitucional en 1837).

Pero la aseveración con que se abre formalmente la historia del constitucionalismo en España resultaba igualmente chocante en la tradición intelectual propia de las dos generaciones previas. En efecto, al menos desde los años cuarenta del setecientos, y al hilo muy concretamente de la política propuesta por el ministro José del Campillo, se había ido asentando aquella distinción a que me refería anteriormente entre monarquía y nación. Desde la perspectiva imperial de la monarquía, la distinción conceptual entre monarquía y nación era muy conveniente si se quería imprimir –como hacía la envidiada Inglaterra– un carácter de *commercial society* al espacio hispano que vinculaba el Pacífico y el Mediterráneo a través del Atlántico. Por ello, que en la hora de la crisis de la monarquía y de la inmersión en la corriente euroamericana de revoluciones constitucionales se entrara afirmando la identidad entre monarquía y nación no dejaba de ser, cuando menos, chocante.

Debe repararse precisamente en ese momento de crisis para comprender por qué la quiebra de la monarquía tradicional conllevó esta sorpresiva reunificación conceptual entre monarquía y nación, determinando así el carácter de nuestra primera experiencia constitucional. El análisis de ese peculiar momento puede también así ilustrarnos sobre el contexto más general de desenvolvimiento de algunos aspectos del primer constitucionalismo español que se consideran en otros capítulos de este libro.

La crisis española de 1808 tuvo un origen interno a la misma y un motor externo. El motín de Aranjuez, que dio imagen a un enconado conflicto cortesano entre la facción del favorito de Carlos IV, Manuel de Godoy, y la camarilla del príncipe de Asturias fue el motivo aprovechado por Napoleón Bonaparte para inmiscuirse en las diferencias internas a la familia real española en calidad de árbitro y amigable componedor. En realidad, fue el motivo que aprovechó para proceder a una mediatización dinástica de la monarquía española. Esta operación consistió en presentar la crisis de manera similar, aunque no idéntica obviamente, a la crisis dinástica de comienzos del siglo XVIII y que ya había llevado a una dinastía francesa al trono de España. Se trataba ahora, en la mente del emperador, de aprovechar el momento de conflicto entre Carlos IV y Fernando VII para orillar a ambos del trono y colocar en él a un miembro de su propia dinastía que venía, además, de ocupar el trono de las Dos Sicilias, como José I.

José I no dejaba de ser una opción aceptable no sólo para Napoleón, sino también para quienes, cansados de la política cortesana de Godoy, entendían que en el rey Bonaparte podía hacerse realidad el sueño del rey ilustrado. Era ya sabido que las conquistas de Napoleón no lo eran sólo de anexión territorial sino también de asimilación constitucional, por lo que cabía esperar que la nueva dinastía desembarcara en España con un completo *set* de convenientes reformas. No obstante, la salida de la familia real al completo y la nada contemplativa represión de las protestas del pueblo de Madrid ante ello, hizo que los planes de mediación imperial de la monarquía española quedaran a la postre truncados.

En efecto, la primavera de 1808 vio cómo se iban formando una serie de juntas. Se trataba de cuerpos políticos liderados por

notables locales, conformados en ocasiones sobre el patrón de instituciones territoriales precedentes (Junta de Asturias, Cortes de Aragón), y en la mayoría como extensión a un área provincial del dominio municipal capitalino (como en los casos de Murcia o Sevilla). Se forman y entienden como cuerpos políticos de emergencia para hacerse cargo de una situación, la más extraordinaria vivida por la monarquía española. Con la familia real al completo trasladada a Francia, las autoridades centrales y territoriales de la monarquía (Consejo de Castilla, Audiencias y Chancillerías) desacreditadas por su entrega con armas y bagajes al emperador de Francia, y buena parte de los titulares de los principales oficios desamparados por su patrón, el favorito Godoy, solamente en los pueblos podía restar autoridad suficiente para encargarse de la situación. En realidad, los pueblos activaron en la primavera de 1808 un principio muy común en la literatura jurídico política española que hacía de ellos la parte esencial, junto al príncipe, de la constitución de la monarquía. A mediados del siglo anterior había formulado muy precisamente Lorenzo de Santayana y Bustillo la esencialidad de los pueblos al ser el conducto necesario por el que se había transmitido la soberanía a los reyes (1). Esto mismo se repetirá ahora para argumentar que solamente los pueblos podían encargarse de sostener y restañar el roto producido en la monarquía por la intervención napoleónica.

A diferencia de la crisis de 1700, esta se extendió ahora a toda la monarquía. En el verano de 1808 en la ciudad de México se trató de formar también una junta al tenerse noticia de lo que estaba sucediendo en la Península. El intento fue abortado por un acto de fuerza, ilegal de suyo pero que recibió entonces y luego todas las bendiciones metropolitanas, que le costó el

(1) Lorenzo de SANTAYANA Y BUSTILLO, *Gobierno político de los pueblos de España y el corregidor, alcalde y juez en ellos* (1742), Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1979 (ed. de Francisco Tomás y Valiente) pág. 7.

puesto al virrey Iturrigaray. En 1809 se formó la primera junta que llegó a funcionar en La Paz y posteriormente se fueron creando otras muchas bajo nombres tan significativos como "Junta Tuitiva" o "Junta Conservadora de los Derechos de Fernando VII".

Tanto en sus denominaciones como en sus declaraciones y actuación, las juntas creadas en toda la monarquía no fueron cuerpos revolucionarios. Sí eran extraños y extraordinarios, pero no revolucionarios porque en ningún caso se propusieron transformar el ordenamiento jurídico político. Antes bien su cometido fue vocacionalmente conservador, pues concibieron su función en los estrictos términos del derecho civil que regulaba los actos de depósito y custodia de un bien. Era el bien el que tenía naturaleza política, la soberanía de Fernando VII, y no el poder de los cuerpos que se crean. Su relación con la soberanía era así de custodia y cura, de tutela y no de disposición. Por eso ninguna junta procedió a elaborar constitución alguna: no eran cuerpos facultados al efecto y hará falta una radical transformación de la naturaleza de la crisis para que surja otro tipo de sujetos capaces de actuar como soberanos y no como custodios de la soberanía.

El hecho relevante es esta extensión de la crisis a toda la monarquía, a diferencia, como decía, de lo ocurrido en la crisis de comienzos del siglo anterior. Frente a todo lo que se había dado por supuesto por la generación que protagonizaba estos momentos, monarquía y nación no se distanciaban ahora tanto. Si los notables locales se habían sentido llamados a crear juntas en Asturias, Sevilla o Murcia, también las elites criollas de las ciudades principales de los reinos americanos entendían que debían constituir el depósito de soberanía que asegurara a Fernando aquellos dominios. Más aún, y dado el cariz que tomaba la crisis en la España peninsular, muy bien podría ocurrir que en el futuro la monarquía española quedara reducida a sólo sus posesiones americanas, perdiéndose la Península como parte del imperio francés.

Casi al tiempo de empezar a formarse las juntas surgió también la necesidad de crear algún tipo de institución central que sustituyera a las desacreditadas desde los inicios de la crisis (Consejo de Castilla, Audiencias, Chancillerías). Esta institución estaba ya activa a finales del verano de 1808 bajo denominación de Suprema Junta Gubernativa Central. La Central en su conformación vino a sancionar la relevancia que los pueblos habían adquirido en el contexto de la crisis al constituirse en los únicos cuerpos políticos de referencia. En efecto, la Central se concibió como una junta de juntas o como una representación de juntas. Formada por dos representantes de cada junta territorial, la Central se configuró como un Senado o representación federal de los cuerpos territoriales creados en los primeros momentos de la crisis. El momento de los pueblos encontró de este modo continuidad en la Central a través de una forma, como dijo Gaspar Melchor de Jovellanos, uno de sus líderes indiscutibles, "federaticia".

Es interesante advertir que en aquel senado de juntas se fraguó ya la distancia que no hará sino ensancharse entre América y la Península. La misma Junta Central que se había reunido para dar una cabeza visible a la monarquía inició una política contradictoria respecto de la imaginación de la monarquía y la práctica de su representación que repercutirá directamente en la solución constitucional de 1810-1812. Por un lado, como explicitó el decreto de 22 de enero de 1809, se declaró que los reinos y provincias de América formaban "parte esencial" de la monarquía y que no debían considerarse meras "colonias y factorías". Se sabía muy bien lo que se decía, pues se estaba ni más ni menos que repasando para corregir la visión de la monarquía que habían compartido y aprendido los *literati* españoles de aquella generación, algunos de los cuales –como Jovellanos, Capmany, Quintana, etc.– participaban activamente del gobierno de la Central. Al afirmar que América constituía parte esencial se descartaba expresamente que pudiera ser considerada y gobernada como una parte accesoria y

dependiente o, dicho de otro modo, debía de ahí seguirse que los territorios americanos habían de tener tanta parte y derecho como los peninsulares a la administración y custodia del depósito de soberanía.

Sin embargo, por otro lado, la Central comenzó por no poner en práctica tales derivaciones políticas de su propia declaración. Los territorios americanos nunca vieron que sus juntas tuvieran reconocimiento por parte de las autoridades metropolitanas, a pesar de que también se ordenó que, de ser necesario, se formaran juntas siguiendo el patrón de la de Cádiz. De hecho, la propia Central que se configuró como senado representativo de las juntas territoriales no aceptó en su seno representantes de juntas americanas, asignando un número global de nueve representantes para toda la América española, elegidos por los cabildos de las ciudades capitales. Entre declaración y práctica política empezaba a atisbarse un abismo que no pasó desde luego desapercibido en el momento.

Camilo Torres expuso de manera ejemplar las consecuencias prácticas que debían derivarse de esta imagen de la monarquía. Su texto estaba concebido para ser enviado por el cabildo de Santa Fe de Bogotá a la Junta Central, aunque ha pasado a la historia con el más sonoro nombre de *Memorial de agravios*. Comenzaba este texto con parabienes a la renuncia expresa a una concepción imperial de la monarquía que explícitamente contenía el decreto de 22 de enero arriba referido. Si América y la Península eran partes todas integrantes de un sólo espacio monárquico en pie de igualdad, "excluir a las Américas de esta representación sería, a más de hacerles la más alta injusticia, engendrar sus desconfianzas y sus celos y enajenar para siempre sus ánimos de esta unión."

El memorial elaborado por Torres, de argumentación muy similar a la expuesta desde otras provincias americanas, se tomaba la declaración de igualdad del 22 de enero de 1809 mucho más en serio que la propia institución emisora del mismo. Cabe recordar que una de las impulsoras de la Central,

la Junta de Valencia, alegaba como una de las razones de conveniencia para su institución "la conservación de nuestras Américas y demás posesiones ultramarinas", viendo un peligro en la formación de gobiernos o juntas propias "como se ha hecho en España" (2). Aferrándose a la idea básica del decreto de 22 de enero de 1809, Camilo Torres se situaba en las antípodas de esa imagen imperial y avanzaba lo que debía implicar, cara a la representación, la doctrina de la igualdad. Si, ella mediante, no cabía apelar a superioridad de una parte sobre otra por razón de extensión territorial, números demográficos, riqueza o cualquier otra causa, se deducía que la única base de la representación, del derecho a ella, debía radicar en la consideración misma de provincia: "Luego la razón única y decisiva de esta igualdad es la calidad de provincias, tan independientes unas de otras y tan considerables cuando se trata de representación nacional, como cualquiera de las más dilatadas, ricas y florecientes." (3)

Era esa justamente la falla advertida entonces entre formulación del principio y práctica política. La desconexión primera entre las partes americana y europea de la monarquía vino así por vía de la segunda, no de la primera. El cortocircuito tendría consecuencia inmediata, pues significaba también negar a las elites criollas americanas la posibilidad de participar en aquel gobierno de las provincias que, a través de las juntas locales y de la Central como senado representativo de ellas, se estaba creando en la monarquía española.

(2) La Junta Valenciana utilizaba exactamente la expresión "gobiernos independientes". Tomo el texto de Manuel Fernández Martín, *Derecho parlamentario español* (1885), Madrid, Congreso de los Diputados, 1992 vol. I, pág. 321.

(3) Cito el texto de Torres de Camilo Torres, *Memorial de agravios*, Bogotá D.C, Epígrafe, 2003, págs. 14 y 17.

Es un problema que heredó la siguiente fase de la crisis, la que protagonizará un nuevo sujeto político, la nación, y que tuvo manifestaciones variadas a lo largo del Atlántico hispano. El fracaso del gobierno de la Central vino medido por su fortuna decreciente en el empeño primordial de hacer frente a los ejércitos imperiales, sancionada en la batalla de Ocaña en noviembre de 1809, y por la incapacidad para domeñar políticamente a las juntas territoriales. La huida de la Central a Sevilla primero y en desbandada hacia el sur tras Ocaña, condujo finalmente a su autodisolución nombrando una Regencia que se ocupara del gobierno de la monarquía. Le dejaba varios recados a este nuevo gobierno, el más importante de los cuales era la convocatoria de una Cortes en la que la Central había trabajado bajo la dirección de Jovellanos y Capmany.

Si las Cortes acabaron reuniéndose finalmente no fue, desde luego, por voluntad de la Regencia sino más bien contra ella y por presión de algunos diputados electos y trasladados a Cádiz. Como ya en abril de 1809 había manifestado a la Central su diputado Lorenzo Calvo de Rozas, la reunión de las Cortes como representación de la nación española –que no del reino– era la única vía posible para hacer frente a la crisis. Frente a quienes no querían Cortes de ningún modo y, sobre todo, a quienes las querían más a la antigua usanza estamental, fue la perspectiva de Calvo de Rozas la que se impuso. Si la crisis se interpretaba desde un punto de vista constitucional y no sólo dinástico, debía darse paso a un nuevo sujeto político, la nación española, único capaz de gestionarla. Si Francisco Martínez Marina ofreció la reflexión historiográfica más contundente que avalaba esta posición central de la nación española, Diego Muñoz Torrero, diputado por Extremadura y antiguo rector de la universidad de Salamanca, concretó la propuesta en una minuta de decreto que leyó su colega de diputación Manuel Luján. Era la noche del 24 de septiembre de 1810 y el congreso apenas reunido aceptaba el principio de partida: "Los Diputados que componen este Congreso, y que representan la

Nación española, se declaran legítimamente constituidos en Cortes Generales y Extraordinarias, que reside en ellas la soberanía nacional." (4).

Quedaba de este modo destruido el depósito de soberanía que las juntas, como la Central, habían entendido siempre custodiar y tutelar para su devolución íntegra al legítimo propietario, el rey Fernando VII. Las Cortes ahora no sólo declaraban que la soberanía no constituía ya depósito a favor del monarca cautivo, sino que acto seguido proclamaban a éste para dejar bien claro cuál era la procedencia de su legitimidad y la nulidad de las cesiones que habían realizado, contra toda ley, él y su padre en Francia. Se abría así una fase de la crisis que no requería sólo de una resolución militar de la misma, que también, sino sobre todo de un arreglo constitucional.

Esta nueva fase de la crisis tuvo su réplica inmediata al otro lado del Atlántico. También allí, en Caracas, Bogotá, Santiago de Chile o Buenos Aires, se producirá igual tránsito de las juntas a los congresos. También, como en Cádiz, se proclamará la presencia de un nuevo sujeto político único –el pueblo– al que imputar la soberanía y la capacidad de actuar en consecuencia generando un ordenamiento político nuevo. Este tránsito de las juntas a los congresos que se produjo de manera plural en el Atlántico hispano ofreció también una variedad de respuestas constitucionales al hecho evidente de la desarticulación política de la monarquía como efecto de la defección real y de la inconsecuencia entre principios y prácticas de la política en el gobierno de la Central. Desde la independencia que se proclamó en Caracas, hasta la federación de monarquías constitucionales que se propuso en Bogotá o la autonomía provincial que se intentó en Cádiz, varias eran las posibilidades que estaban aún entonces abiertas.

---

(4) Decreto I de 24 de septiembre de 1810. Puede consultarse en http://www.cervantesvirtual.com.

En el escenario, por tanto, de una activación plural, y no sólo metropolitana, fue que se hizo efectiva por vez primera una idea de nación española y su representación política. Requería esta entrada en escena que la nación se mostrara fuerte no solamente frente a la monarquía y su titular, a quien ya trataba de domesticar políticamente el aludido primer decreto aprobado el primer día de reunión de las Cortes en la Real Isla de León, sino también a los pueblos. Hemos visto cómo estos protagonizaron en exclusiva los primeros momentos de la crisis, articulándose en juntas que asumieron el depósito de soberanía. Transferir ésta no ya como depósito sino como propiedad radical a la nación, desposeyendo al rey y a los pueblos no fue desde luego tarea sencilla. Requería, ante todo, que la nación se definiera políticamente de modo preciso y que, por otro lado, estableciera también cuáles habían de ser las relaciones no sólo entre nación e individuos sino también entre aquélla y los territorios.

Definir políticamente la nación española tampoco era cometido simple. Se trataba de algo, desde luego, más complejo que su defensa en la república de las letras. Si la idea de nación española había ido haciéndose ahí su sitio, ahora que se debatía ya abiertamente sobre su forma política, es decir, sobre la representación, la discusión se trasladó a la arena de la opinión pública. Era un debate que se produjo ya en el seno de la Central cuando la propuesta antes mencionada de CALVO DE ROZAS y otros diputados de las juntas requirieron la intervención de la nación en la crisis a través de su representación en Cortes. El sector más conservador, de entre los que participaban de la común idea de una necesaria regeneración política de la monarquía, había invertido muchas horas de trabajo en recopilar cuanto dato pudieron para demostrar la existencia de un modelo histórico de representación, al que, defendían, había que estar ahora también. El resultado fue una abultada colección de información sobre Cortes y asambleas de los distintos territorios que históricamente habían formado el puzzle hispano. Aragón, con todos sus componentes, Navarra, Asturias o las provincias vas-

cas ofrecían información de interés, no así los territorios americanos cuya presencia fue también ignorada en este ámbito. Fallaba, sin embargo, algo esencial: Castilla. Como constató el propio Jovellanos, padrino de esta operación, no había modo de determinar cuál era la constitución histórica respecto del corazón de la monarquía. En efecto, lo que ni Jovellanos ni el equipo que le rodeaba habían logrado establecer de una manera aceptable fue la idea central de su propuesta, esto es, que la nación gozaba ya de una constitución histórica, inalterable en el acto de formar aquellas Cortes extraordinarias, y que informaba de una representación sociológicamente compleja. Cortes estamentales eran equivalentes a un reconocimiento de una complejidad política como reflejo de otra social, asentando que nobleza, clero, determinados territorios u otros *status* sociales, tenían unos derechos a la representación por sí mismos y, lo que era más, de acuerdo con una constitución tradicional de la monarquía española. Significaba también, y creo que ante todo, desactivar la posibilidad de que la nación española se presentara y representara como un sujeto político soberano capaz de alterar la situación que los más moderados, como Antonio de Capmany o Jovellanos, creían felizmente histórica.

Esta perspectiva planteaba un problema intelectual de difícil resolución, pues parecía admitir que la constitución española debía ser como un remiendo hecho de los materiales que ofrecían todas estas constituciones particulares de territorios diversos. Las constituciones de Castilla, Aragón, Navarra, Asturias y Provincias Vascongadas debían ser, todas ellas convenientemente interpretadas, la "constitución española". Tampoco atinaba, por otro lado, muy bien a fijar cuál era el sentido, en esta central cuestión de la representación, de la de Castilla. De hecho, nadie había podido dar con aquella constitución histórica de España sencillamente porque no existía.

Este fue el punto de partida del texto más elaborado del momento sobre esta delicada cuestión. Francisco Martínez Marina presentó sin tapujos la historia constitucional castellano-

leonesa como la de toda la monarquía, proponiendo en ella que la única tradición atendible era la municipal. La organización desde el siglo XII de los pueblos en cuerpos políticos municipales y su pacto con el príncipe para enfrentar la soberbia feudal de nobleza y alto clero, constituían la base de la única representación posible de la nación española: la que proporcionaban los vecinos de las parroquias organizados en repúblicas locales (5). Esta era la única forma en que la "soberanía del pueblo" podía manifestarse a través de una representación nacional conformada únicamente por los ciudadanos-vecinos organizados en sus pueblos.

Las Cortes de Cádiz se formaron principalmente siguiendo este patrón, aunque no exclusivamente. También acudieron a ellas representantes de las ciudades que habían tenido voto en Cortes y de las juntas Superiores, esto es, de las juntas territoriales formadas en la crisis de 1808. Es interesante el punto puesto que muestra de nuevo la desconexión entre principios y práctica de la política establecida desde el tiempo de la Central. Hubo en las Cortes representantes de las ciudades de voto en Cortes peninsulares, pero no americanas y hubo representantes de las juntas peninsulares, pero no, tampoco, de las americanas.

Así, de entre las ciudades que pudieron enviar un diputado bajo la condición de "ciudades de voto en Cortes" no había ninguna americana, a pesar de que las leyes de Indias consideraban a México y Cuzco cabeceras para una eventual reunión de Cortes en sus respectivos reinos (Lib. 4, Tit. 8 leyes 2 y 4). Tampoco, y aquí el distingo era más sangrante, se llamó a ningún diputado americano por las juntas de aquel continente. No es que no se

(5) Francisco Martínez Marina, *Teoría de las Cortes o grandes juntas nacionales de los reinos de León y Castilla. Monumentos de su constitución política y de la soberanía del pueblo. Con algunas observaciones sobre la ley fundamental de la monarquía española, sancionada por las Cortes generales y extraordinarias, y promulgada en Cádiz a 19 de marzo de 1812*, Madrid, 1813.

hubieran formado siguiendo el patrón de las de la península y, como vimos, con igual empeño de defensa de la monarquía y conservación de los derechos de Fernando VII, sino que a los ojos metropolitanos todas ellas fueron o inexistentes o tumultuosas.

La operación de conversión de la monarquía, de toda ella, en nación surgió así lastrada. Lo pusieron de relieve los miembros de la escasa diputación americana al abrirse el congreso de la Real Isla de León, solicitando que la condición de partes integrantes y esenciales tuviera como consecuencia el principio de la igualdad en la representación. Entre septiembre de 1810 y enero de 1811 se discutió la cuestión, que fue, no obstante, zanjada mediante una dilación de la decisión definitiva que no llegaría sino con la constitución de 1812. "He aquí –concluyó el influyente Agustín de Argüelles– un obstáculo que creo insuperable respecto de América en cuanto a darla igual representación en estas Cortes que la que tiene la Península. En aquel hemisferio nos hallamos con una población que excede a la de la madre patria y con la dificultad de clasificarla." (6). "Las palabras de *fraternidad*, de *igualdad*, de *partes integrantes*, no son más que lazos que tienden a vuestra credulidad", se dedujo y advirtió a los americanos desde América (7). En la representación fue, efectivamente, donde el cuerpo de nación con que se quería recomponer en Cádiz la monarquía empezó a resquebrajarse. La razón esencial la explicó Servando Teresa De Mier, el controvertido polemista mexicano, cuando afirmó que la negación de una representación equitativa precisamente en aquellas Cortes, por constituyentes, y no en otras dejaba fuera a los americanos del "pacto social de la nación" (8). A partir de ahí, los

(6) *Diario de las Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias*, 105, 9-1-1811.

(7) Antonio Nariño, "Fraternal amonestación", *La Bagatela*, 5, 11-8-1811.

(8) *Carta de un americano al español sobre su número XIX*, Londres, Lewis, 1811, pág. 25.

americanos podrían tener representación en unas Cortes españolas pero no serían ya en ningún caso partes integrantes de su nación.

Con esta rémora daba inicio un proceso de elaboración de la habitualmente considerada primera constitución española. En realidad, la pretensión de los inventores de constituciones reunidos en Cádiz no era dar forma a la primera de las constituciones de España tal y como hoy entendemos, o creemos entender, este espacio sino a un texto de validez casi universal. La afirmación ya recordada que abre el constitucionalismo español, "La Nación española es la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios", identificaba la nación con el conjunto de la monarquía española asumiendo que ésta era mucho más que la nación ilustrada. Una nación que se suponía extendida desde el norte de California hasta Cádiz y desde Bilbao a Buenos Aires, que incluía las islas Filipinas "y las [islas]que dependen de su gobierno", exigía una supremacía absoluta sobre cualquier ora manifestación de poder, similar a la que el propio monarca había ejercido hasta 1808, a la vez que no podía tampoco diluir la identidad territorial y las aspiraciones de las elites locales al control de la administración de sus respectivos espacios. Difícil posición a la que la constitución de Cádiz trató de dar respuesta.

La nación considerada como un *super omnia*, soberana que no conocía superior, fue defendida con ahínco por los promotores del texto de 1812. Entendieron que sólo así era factible la revolución política en que estaban empeñados. Aunque hoy, debido a la robustez que en el mundo contemporáneo han tenido las naciones y el modo en que se han enseñoreado de los Estados, nos parezca que su afirmación política puede darse por descontada y que su peso anuló de hecho cualquier otra forma de identidad política, el hecho cierto es que a comienzos del siglo XIX la nación no sólo era una recién llegada a la política, sino que también debía buscarse su lugar. Eran los pueblos, como habían demostrado en el arranque de la crisis, sujetos

mucho más propicios que la nación para relacionarse con la soberanía. De ahí que la nación en el texto constitucional de Cádiz fuera extraordinariamente reforzado, al menos desde el punto de vista de la ingeniería constitucional. Aunque otra cosa será la práctica y cómo en ella fuera la nación capaz de mostrar su supremacía política, en lo que Agustín de Argüelles –ingeniero jefe del invento– definió como "el sistema", la nación ocupaba todo el centro del mismo. Así lo demostraba el hecho de que la constitución entrara definiéndola y asignándole atributos y derechos –a la soberanía, a la libertad, a la independencia. No respondió el texto de 1812 al patrón de lo que se entendía común ya en la cultura constitucional y que, como se recordó al comienzo de estas líneas, quedó telegráficamente condensado en el art. 16 de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* (1789), que exigía garantía de derechos y distinción de poderes.

Algo de ello hubo, aunque deliberadamente, según dan fe las actas de la comisión que redactó el proyecto constitucional, distinto de la típica declaración que había inaugurado el modelo de 1789. Prácticamente una línea de texto ("La Nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen.", art. 4) sirvió para dejar constancia de dos principios: se ponderaba la cultura de los derechos que hacía de los individuos sus legítimos titulares, poseedores de ellos de manera autónoma, pero a la vez se evidenciaba que solamente tenían sentido y eficacia, la garantía que quería la propia cultura de la constitución, en el contexto del dominio de la nación. Como era solamente mediante legislación de la nación que los derechos encontraban sólida garantía, allá iban desperdigados por el texto mismo de la constitución en sus correspondientes anuncios de actividad legislativa, sabia y justa, del cuerpo de nación.

También respecto de los territorios debía tomar posiciones la nación, aunque no era factible, por mucho que se llegara a proyectar, una total disolución de la identidad política territorial en el cuerpo de la nación. Si la idea de una división de España en departamentos revoloteó alrededor de la redacción del texto gaditano, ésta era casi impensable por dos poderosas razones. Primero, porque los pueblos habían sido los protagonistas primeros de la crisis y tenían mucho más pedigrí político que la propia nación. En segundo lugar, porque la opción por identificar de nuevo monarquía y nación, como sancionaba el primer artículo de la constitución, hacía imposible su gobierno al modo departamental. Los territorios tenían definitivamente que entrar en "el sistema" que dijo Argüelles.

Lo hicieron de modo explícito en el art. 10, que los nombraba de manera muy sintomática. Por un lado allá estaban: "Aragón, Asturias, Castilla la Vieja, Castilla la Nueva, Cataluña, Córdoba, Extremadura, Galicia, Granada, Jaén, León, Molina, Murcia, Navarra, Provincias Vascongadas, Sevilla y Valencia, las Islas Baleares y las Canarias con las demás posesiones de África.". Por otro, no tenían ya dignidad propia alguna, pues no había mención de reinos, principados o señoríos. La complejidad territorial que se anunciaba en el primer artículo la confirmaba este décimo de geografía constitucional de España: "En la América septentrional: Nueva España con la Nueva-Galicia y península de Yucatán, Guatemala, provincias internas de Oriente, provincias internas de Occidente, isla de Cuba con las dos Floridas, la parte española de la isla de Santo Domingo y la isla de Puerto Rico con las demás adyacentes a éstas y al continente en uno y otro mar. En la América meridional, la Nueva Granada, Venezuela, el Perú, Chile, provincias del Río de la Plata, y todas las islas adyacentes en el mar Pacífico y en el Atlántico. En el Asia, las islas Filipinas, y las que dependen de su gobierno."

¿Cómo mostrar una supremacía del *super omnia* de la nación ante tal complejidad de territorios, concurrentes todos a formar "las Españas"? No se resuelve muy exactamente la cuestión, utilizando el expediente de dilación constitucional que no dejará

de usarse en otras ocasiones propicias: "Se hará una división más conveniente del territorio español por una ley constitucional, luego que las circunstancias políticas de la Nación lo permitan." Así ocurrirá también en 1839 cuando se trate de dar solución legislativa a la "fase vasca" de este proceso con la ley de 25 de octubre de ese año.

Nación española y administración interior de los territorios, las "provincias" para el texto, requerían sin embargo tratamiento urgente. Más exactamente requerían imaginación política, pues rechazada expresamente la posibilidad del federalismo, impracticable el centralismo republicano de los departamentos, no quedaba más remedio que improvisar algo, y urgentemente. El impulso al respecto fue muy americano, pues fueron sobre todo diputados de ese continente quienes más insistieron en la necesidad de reflexionar en términos constitucionales sobre la relación entre nación y territorios. El ejemplo fue, como quedó confesado en el discurso con que se presentó el proyecto constitucional a la Cortes, muy vasco. Las juntas generales de las "provincias exentas" ofrecían una pauta interesante, pues precisamente se habían especializado en el punto de la administración interior con notables resultados ya para el momento de la crisis general de la monarquía en 1808.

El resultado se llamó "diputaciones provinciales" y fueron concebidas como gobiernos provinciales elegidos por los ciudadanos que elegían también los diputados a Cortes. Incluso, ya que se trataba básicamente de administrar intereses propios de los territorios, se puso más énfasis en aclarar que quienes participaban en la elección de estos cuerpos eran ante todo propietarios, o sea, quienes tenían renta suficiente para mantenerse "con decencia". Las diputaciones provinciales del texto gaditano son la expresión más consecuente de aquel liberalismo original, pues integraban lo que luego se desgajaría como "administración" dentro de la política intervenida por medio de la representación. Esta especie de "administración representativa" respondía al mismo principio que Jovellanos y otros libe-

rales habían establecido como necesario al pensar las relaciones entre los intereses del individuo y la política señalando como meta óptima que el gobierno de los intereses fuera el de los interesados. Por ello la constitución generó aquel género de representación provincial, para que se ocupara de los intereses de la provincia, de su administración o gobierno económico. La práctica de esta previsión constitucional evidenciará, no obstante, lo fácilmente que se cruzaba la frontera entre el gobierno de lo económico y la política, pues en América y en la Península muchas de estas diputaciones funcionaron de hecho como gobiernos autónomos.

Junto a las diputaciones, el sistema de 1812 preveía también la articulación política de los pueblos en municipios representativos. Debían estos ocuparse, bajo inspección de las diputaciones provinciales, del fomento de los intereses locales, de su gobierno económico, mientras los alcaldes, que los presidían, se concebían como mediadores judiciales ideales en los conflictos civiles, requiriendo el texto expresamente su intervención previa al recurso a los tribunales.

Con ello, el modelo de 1812 estableció una muy peculiar relación entre los distintos ámbitos de representación y actividad de los vecinos-ciudadanos. Representación política existía como tal sólo la de la nación, en tanto que por la propia naturaleza del sujeto básico del sistema, la determinación de la participación y la representación se sustanciaban sólo y exclusivamente en el ámbito local, el único capaz de determinar la condición de la vecindad, requisito esencial para la participación en los distintos ámbitos de representación. No es extraño así que fueran unas juntas locales de parroquia, presididas por el alcalde o el jefe político y con concurso del cura párroco, las encargadas de confeccionar el censo de vecinos capacitados para participar en los actos electorales. Ante posibles dudas se preveían juicios verbales de los que "no se admitirá recurso alguno" (art. 49 y 70).

De ahí también el interés que expresamente muestra la constitución por reproducir los espacios municipales (art. 310).

Desde la perspectiva de la idea de representación formada después de los años treinta la cosa resulta paradójica, pero era así: la nación era única y sólida en su representación unicameral de las Cortes, pero el Estado –por decirlo así también– estaba en los pueblos y provincias y no sólo encarnado en el gobierno de la monarquía. En éste lo estaba para las cuestiones que entonces se entendían precisamente "de Estado" –diplomacia, defensa, comercio, fiscalidad– pero no para lo que diríamos nosotros la administración incluidas las funciones electorales básicas.

El sueño de una nación transoceánica que la constitución de 1812 quiso traer al mundo real quebró, no obstante, por esa línea que unía los espacios local y nacional a través del genuino invento de las diputaciones provinciales. Fueron concebidas como "cuerpos intermediarios", como administración intervenida por la representación ciudadana, formando un colegio los representantes político y fiscal del gobierno del rey –el jefe político y el intendente de hacienda– con un número de diputados elegidos por los ciudadanos que sólo provisionalmente se fijó en siete. Con amplias facultades relativas a la autogestión del territorio, las diputaciones carecían del esencial componente de cuerpos legislativos, de asambleas provinciales. Por mencionar la cuestión más decisiva, podían decidir sobre la conveniencia de una inversión pública, pero no arbitrar imposición fiscal alguna, pues sólo las Cortes estaban facultadas al respecto (art. 335, 4 y 338).

Muchas de estas diputaciones funcionaron efectivamente como parlamentos, tomando decisiones sobre asuntos que iban mucho más allá de los previstos en el listado de atribuciones del art. 335. Sin embargo, el sistema no consintió el encaje –insinuado apenas por algunos diputados americanos, pues bien pronto se vieron sus nulas posibilidades de prosperar– de una colegislación provincial junto a la de la nación en sus Cortes. Frente a lo que se había practicado en las posesiones americanas de Inglaterra y en las antillanas de Francia, el modelo gaditano ofrecía representación en el parlamento común, a la vez

que autoadministración territorial a través de las diputaciones provinciales, pero no asambleas colegisladoras en esos ámbitos, lo que podría haber servido como eficaz corrector de la desigualdad entre las partes de la nación soñada.

La constitución se ocupó también, como cabía esperar, del arranque en septiembre de 1810 de la labor de las Cortes, de delimitar al *super omnia* nacional respecto del rey, hasta entonces, como se sabe, el soberano. Uno de los pensadores más notables de la reacción europea, Ludwig von Haller, católico converso y militante convencido del principio monárquico, señaló que aquella constitución podía tenerse por la más pérfida de las producidas en el ciclo de las revoluciones constitucionales por dos principales razones. En primer lugar, porque bajo nombre de monarquía establecía de hecho una república y, en segundo pero no menos relevante lugar, porque hacía de la religión una seña de identidad nacional.

No le faltaba ni un ápice de razón a este ideólogo de la reacción europea, que confesó haber abrazado la fe católica para adecuar sus convicciones religiosas y las políticas. En efecto, una de las virtudes del texto gaditano fue que estableció las bases para un régimen de monarquía republicana. El principio de división de poderes se solventó distinguiendo tres "potestades": la "hacer las leyes", la de "hacer ejecutar las leyes" y la de "aplicar las leyes en las causas civiles y criminales". La primera potestad la compartían las Cortes y el rey, de la segunda gozaba en exclusiva el monarca mientras la tercera se asignaba a los tribunales. Hasta aquí podría parecer que, más bien al contrario de lo dicho arriba, el texto gaditano apuntaba a un refuerzo de la posición del monarca. Sin embargo, como tanto insistió Agustín de Argüelles, uno de los factótums de la constitución, ésta debía entenderse como un sistema, un complicado mecanismo en el que cada ruedecilla conducía movimiento a otra que le daba sentido. Podemos comprobarlo llevando nuestra lectura a los títulos donde se detallaban las atribuciones respectivas de las Cortes (tit. III) y del rey (tit. IV).

"En la Sala de las Cortes entrará el Rey sin guardia", acompañado sólo por las personas que el reglamento de las Cortes previeran. Así rezaba el art. 122 dando ya muestras inequívocas de que la relación entre el polo parlamentario y el ejecutivo del sistema se iba a inclinar del lado del primero. Es más, la constitución prohibía a las Cortes deliberar en presencia del rey para evitar cualquier influencia de éste en su quehacer. A continuación el texto listaba todas aquellas materias en las que las Cortes entendían exclusivamente y que abarcaban literalmente todos los aspectos tratables por vía legislativa.

Al rey, en su título, reservaba la constitución también funciones, que se resumían atribuyéndole potestad para "todo cuanto conduce a la conservación del orden público en lo interior, y a la seguridad del Estado en lo exterior, conforme a la Constitución y a las leyes." (art. 170). Sin embargo no sólo se trataba de atribuir poder, sino también de restringirlo expresamente, añadiendo tras las atribuciones un largo artículo de "restricciones a la autoridad del Rey". Pero donde estuvo más fina la constitución fue en la conexión de estas ruedecillas que facultaban al rey expresamente para dirigir la política exterior, declarar la guerra y hacer tratados, nombrar jueces y sancionar o no las leyes con las previsiones respecto del Consejo de Estado, "el único Consejo del Rey". Debía el monarca contar con este colegio para "toda cuestión grave de gobierno y en especial para sancionar las leyes, declarar la guerra y hacer tratados" (art. 236). Ya en el listado de sus facultades se le había recordado también la obligación de consultarle el nombramiento de magistrados, obispos y dignidades o la concesión del pase a bulas y decretos pontificios que fueran particularmente delicados.

Así como el rey nombraba libremente y cesaba a sus secretarios del despacho, no podía hacer lo mismo con los miembros del Consejo de Estado a los que debía elegir de una terna que le presentaban las Cortes. Aunque la constitución no lo dijera en la atribución de potestades, tenían así las Cortes también una vía de entrada en la asignada al rey. Mientras, por su parte, el rey

carecía propiamente de un gobierno que pudiera reunir en sesión ministerial, pues lo más parecido a un ministro, los secretarios del despacho (de Estado, Gobernación de la península e islas adyacentes, de la Gobernación de ultramar, de Gracia y Justicia, de Hacienda, de Guerra y de Marina) no formaban ministerio colegiado sino que actuaban y daban cuenta a las Cortes de sus actuaciones de forma independiente.

Tampoco le faltó razón al reaccionario de Berna cuando vio en el tratamiento de la religión la sombra de una peligrosa alteración del orden tradicional. El art. 12 de la constitución afirmaba que "La Religión de la Nación es y será perpetuamente la Católica, Apostólica, Romana, única verdadera. La Nación la protege por leyes sabias y justas y prohíbe el ejercicio de cualquiera otra." La voluntad de no ser tolerantes en materia de religión fue expresa durante los debates habidos en las Cortes acerca de esta disposición, por mucho que posteriormente algunos de los más conspicuos liberales españoles se desdijeran haciendo constar su oposición y la imposibilidad de hacerla patente en 1810. La elevación de la religión a renglón del texto constitucional como religión nacional tuvo, en efecto, su lógica inserción en los postulados del primer liberalismo hispano.

No dejaba de encajar en su lógica, aunque de la comisión no había venido el texto así. La peculiar redacción de este artículo, que facultó a las Cortes ni más ni menos que para abolir la Inquisición al año siguiente, se originó en realidad en el debate sobre el art. 4, el que establecía la seguridad de los derechos de los individuos. Fue ante la petición de varios diputados relativa a la inclusión en la nómina de los mismos de la religión católica, que se reenvió el texto a la comisión, dando lugar a la redacción del art. 12 tal como fue ya definitiva y que reproducía casi los términos del artículo de los derechos al confiar a la misma legislación "sabia y justa" la protección de la religión católica.

El "sistema" de 1812 se quiso como una maquinaria, uno de esos autómatas que tanto fascinaban a finales del setecientos y comienzos del XIX, donde una rueda mueve la otra y así suce-

sivamente hasta conseguir el efecto deseado. Podía, por ello, presentarse y tenerse en no pocos ámbitos como *la* constitución, no por española ni mucho menos, sino precisamente por constitución. Su título oficial *Constitución Política de la Monarquía Española* ya contenía algo de esta idea, pues no era una constitución *española* sino la que la nación había adoptado para su monarquía, pero que igualmente podía servir para otras. En Cundinamarca, la región circundante a Santa Fe de Bogotá, en Quito y en Santiago de Chile se habían adoptado unos textos en esto, y en su definición como pueblos católicos, muy similares, pues también hacían previsión de que bajo el paraguas constitucional diseñado cabía mucho más que lo señalado expresamente en el texto respectivo. Podían, era la idea, federarse o reunirse en cuerpo político de nuevo piezas sueltas ya del puzzle hispano siempre que el pegamento que las uniera fuera ahora constitucional y no sólo monárquico. Las mismas diputaciones provinciales de Cádiz fueron un intento al respecto que, aunque no muy afortunado como componente de la constitución *española* sí lo fueron como elemento constitucional sin más, perfectamente aprovechable en diversas partes de la geografía hispana.

La quiebra de la monarquía en 1808 había así conducido a la necesidad de la constitución en 1810 y a su manifestación plural desde que en 1811 en Venezuela y Bogotá comenzara a experimentarse al respecto. Entre medias había tenido que eclosionar la nación (o el pueblo) como sujeto político capaz de llevar a cabo el tránsito. Fue ese justamente el momento en que el Atlántico hispano comenzó a resolverse en una larga serie de repúblicas, una de las cuales resultó la monarquía española.

CAPÍTULO 4

LA FALLIDA RECEPCIÓN EN ESPAÑA DE LA JUSTICIA NAPOLEÓNICA (1808-1812)

Carmen Muñoz de Bustillo
Universidad de Sevilla

LA FALLIDA RECEPCIÓN EN ESPAÑA DE LA JUSTICIA NAPOLEÓNICA (1808-1812)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. EL "ORDEN JUDICIAL" EN LA CONSTITUCIÓN DE BAYONA. II. LA PLANTA JUDICIAL. PROVISIONALIDAD Y RECICLAJE. 1. Tribunal de reposición y Juntas contenciosas en la cúspide judicial. 2. Audiencias, tribunales de primera instancia y alcaldes mayores. III. NUEVAS SOLUCIONES PARA ANTIGUOS PROBLEMAS Y VIEJAS PRÁCTICAS REVESTIDAS DE NOVEDAD. 1. La supresión de la jurisdicción eclesiástica. 2. El supuesto final de una secular confusión. IV. EPÍLOGO. LAS JUNTAS CRIMINALES EXTRAORDINARIAS. ORIENTACIÓN BIBLIOGRÁFICA.

Rico en acontecimientos donde los haya, 1808 bien podría suponer el arranque cronológico de aquella intensa "conmoción social" que en el anterior capítulo, el de Alejandro Agüero, se nos revelaba indispensable para "desplazar el paradigma jurisdiccional del centro del discurso político". Hubo, efectivamente, en ese año un fuerte temblor, con epicentro en Bayona, pero su onda expansiva, a la postre, y al objeto que nos ocupa, no fue tan demoledora como en principio cabría esperar. Los efectos

sobre las estructuras de la arrolladora sacudida inicial, quedaron poco después tan amortiguados que apenas si se vieron afectados sus cimientos. Así pues, pese a los cambios y novedades que por su supuesto existieron, las bases mismas del sistema lograron salir indemnes. Éste será en definitiva nuestro punto de partida; nos centraremos en la pervivencia o, si se quiere, en la experiencia fallida, limitándonos geográficamente a los territorios peninsulares, ya que América, en la práctica, quedó fuera del ensayo por circunstancias desde luego ajenas a la voluntad de aquél que, convertido en arbitro por las partes implicadas en la crisis dinástica de la monarquía tradicional, termina sentando en el trono de España a un miembro de su propia familia. En efecto, el 6 de junio de 1808, por decreto publicado en la *Gaceta de Madrid* el día 14, Napoleón proclama "Rei de España y de las Indias á nuestro mui amado Hermano Joséf Napoleon, actualmente Rei de Nápoles y de Sicilia".

En esos primeros tiempos fueron muchos los ilustrados que apoyaron al nuevo monarca; conocedores quizás, como dirá J. M.ª Portillo en este mismo volumen, de "que las conquistas de Napoleón no lo eran sólo de anexión territorial sino también de asimilación constitucional", esperaban "que la nueva dinastía desembarcara en España con un completo *set* de convenientes reformas". Y de hecho así ocurrió. No obstante, a ellos, a esos ilustrados, también se les cedió la palabra. Al final, se elaboró en suelo galo una Constitución española. Repleto de novedades traídas directamente de la Francia napoleónica, atemperadas luego con la intervención de los españoles, el Estatuto de Bayona parecía valer a casi todos, lo que es tanto como decir que no estaba cortado a la medida de ninguno. Sin mediar *Revolución*, se exportaban sus resultados, los asimilados o, mejor, se intentaban exportar porque la verdad es que la empresa, que desde el primer instante tuvo viso de irse al traste, resultó finalmente un fracaso descomunal. Pero no nos precipitemos, comencemos por el principio.

I. INTRODUCCIÓN. EL "ORDEN JUDICIAL" EN LA CONSTITUCIÓN DE BAYONA

Una primera Constitución para España, para la peninsular y la *ultramarina*, en efecto se promulga en julio de 1808 (1). Obra de Napoleón, de accidentada vigencia e irregular desarrollo, la Constitución de Bayona, que no consiguió atravesar el Atlántico, estará en vigor en buena parte del territorio peninsular algo más de cuatro años. Tiene el mérito de ser la primera aunque desmerezca por otras muchas circunstancias. Como diría Francisco Amorós, consejero de Estado y ministro interino de Policía del gobierno josefista en 1810, "no podemos hacer comparaciones con la presente", con la de Bayona de 1808, pues "no teníamos antes constitucion alguna". Su lectura, añadía, es "el mejor elogio que puede hacerse de ella". Y en esa lectura que con una clara finalidad propagandista el ministro efectivamente emprende, la justicia, como no podía ser de otro modo, comparece: "Vemos cimentarse (en la Constitución de Bayona) el órden judicial en los principios de unidad, independencia y confianza con que debe subsistir, y que sus augustas y rectas funciones no tendrán mas norte que la ley; instituyendose tambien por primera vez los tribunales conciliadores ó de pacificacion que han de evitar la ruina de muchas familias, y han de producir la extincion de muchos odios, animosidades y encarnizadas controversias". En tan escueta frase sintetiza Francisco Amorós el contenido de los diecinueve artículos que componían el Título XI de la Constitución de Bayona, relativo al "orden judicial". Tampoco es que fuera necesario entonces entrar en mayores detalles. Ya tendrían tiempo los andaluces, a los que se dirigía el Ministro, de apreciar las ventajas del nuevo sistema. Pero

(1) Entre los días 27 y 30 de julio de 1808 se publica el Texto por primera vez en la *Gaceta de Madrid.* Algunos meses más tarde, entre el 29 de marzo y el 2 de abril de 1809, se inserta por segunda vez la Constitución de Bayona en la *Gaceta.*

tiempo, ya lo veremos, fue justo lo que faltó aunque, desde finales de 1809, desde la decisiva batalla de Ocaña, las circunstancias eran tan favorables al gobierno de José I que en marzo de 1810, cuando Amorós escribe su proclama (2), nada hace presagiar lo que terminaría sucediendo un par de años después.

Conquistada la mayor parte de Andalucía, con un rey que parecía comenzar a reinar y un gobierno que por primera vez daba señales de una cierta estabilidad y normalización, era el momento no sólo de hacer hincapié en las cualidades del nuevo monarca y en los beneficios que reportaría el texto constitucional que éste traía bajo el brazo, sino también y sobre todo de despejar dudas sobre el papel desempeñado en Bayona por los miembros de aquella *Asamblea de Notables* que durante doce sesiones opinaron y deliberaron sobre el ya depurado proyecto de Napoleón y finalmente votaron y juraron la Constitución. Testigo ocular de los hechos, Francisco Amorós, relata las circunstancias: "Reunidos en Bayona los noventa Individuos que compusieron la Asamblea y representacion nacional, empezaron á formar libremente y sin sujecion alguna el pacto constitucional que creyeron convendría mas á esta grande Nacion (...) Discutieron todos los principios con la mayor valentia y libertad por espacio de doce sesiones mui largas, sin testigo ni obstaculo alguno que oprimiese las demostraciones de su patriotismo, y despues de muchas correcciones quedó concluida la obra más perfecta y completa que se conoce en todos los estados constituidos de la Europa". Propaganda política, sí, pero no por ello tales palabras han de ser necesariamente inciertas.

Napoleón no presentó el texto como una obra acabada. Su proyecto inicial sufrió modificaciones; algunas fueron previas a la reunión de la Asamblea. Otras se plantearon allí y, tras la

(2) En concreto, el ejemplar de la proclama que manejamos va dirigido al corregidor de Ronda (MUÑOZ DE BUSTILLO, 1991: *Apéndices Documentales*, 369-373).

supervisión y aprobación imperial, se incluyeron en el texto definitivo. Sería el supuesto, sin ir más lejos, del Título X, "De las Colonias españolas en América y Asia", que, incorporado en la penúltima versión, se introduce finalmente bajo el encabezamiento "De los reinos y provincias españolas de América y Asia". Y es que no podían seguir siendo colonias, al menos nominalmente, unos territorios que tenían reconocidos los mismos derechos que la metrópolis (art. 87). Digamos sólo, pues no nos corresponde el análisis del proceso, que el proyecto que impreso lee la Asamblea es el último de una tanda de tres o cuatro. Que nos conciernan, por afectar al "orden judicial", entre la primera versión y la última hubo significativas novedades; algunas hicieron que la réplica redujera distancias con el modelo. Es el caso, por ejemplo, de las relativas a la creación de los jueces conciliadores y tribunales de pacificación, porque aquellos que según Francisco Amorós tantas ventajas habrían de proporcionar, no habían sido previstos inicialmente. Tampoco se había contemplado en la redacción inicial la posibilidad de establecer en España un alto tribunal que conociera de los delitos cometidos por los miembros de la familia real, ministros, senadores y consejeros de estado. De hecho, la regulación de tal tribunal, la *Alta Corte Real* (arts. 108-111 del texto definitivo), equivalente a la *Haute Cour* francesa, respondió curiosamente [o no tanto si, como se supone, fueron las consecuencias políticas del llamado *Proceso del Escorial* las que pesaron sobremanera en el ánimo de los diputados (3)] a una propuesta de la Asamblea de última hora. También de última hora y a instancia de los *Notables*, pero ahora marcando distancias, fue la modificación que sufrió el artículo que regulaba el juicio por jurados. Parece que la voluntad de Napoleón al respecto, que se había mantenido firme a lo largo de todo el proceso de elaboración del texto, quebró en el

(3) El resultado de la *Causa* se publica en la *Gaceta* extraordinaria del jueves 31 de marzo de 1808.

último instante permitiendo que fueran las Cortes, cuando se reunieran, las que adoptaran la decisión de establecer o no "el proceso por jurados" (art. 106). Mucho menos hubo que esperar, sin embargo, para que el Emperador cediera en materia de codificación. Apenas un par de informes previos a la Asamblea convierten el artículo 53 de la primera versión, "El Código Napoleón formará las leyes civiles del reino", en el 43 de la segunda, "España será regida por un solo Código de leyes civiles". A partir de ahí sólo se produjeron correcciones de estilo hasta alcanzar la redacción definitiva: "Las Españas y las Indias se gobernarán por un solo Código de leyes civiles y criminales" (art. 96). Nunca cambió, eso sí, la posición en el texto de tal artículo, pues siempre abrió el título de la Constitución referente al "orden judicial".

Ante tales reformas, una pequeña muestra por cierto de las que se llevaron a cabo, los comentarios del Ministro sobre la intervención en el texto constitucional de los miembros de la Asamblea, aunque sigan siendo a todas luces excesivos, resultan algo más creíbles. Es de suponer que Napoleón, que por supuesto nunca llegó a perder el control sobre su obra, intentara de alguna manera armonizar posiciones. No imaginemos lo que no fue, y desde luego no fue un voto de confianza ni nada por el estilo. Los informes poco halagüeños que a lo largo de los meses de mayo y junio le iban llegando desde Madrid, resultaron en realidad decisivos en este punto. En fin, sea como fuere, lo indiscutible es que hubo españoles, y no cualesquiera, que invocando paradójicamente la tradición, participaron de forma activa en la elaboración de la Constitución de Bayona; otro asunto es que se lograra con esa participación mejorar de algún modo el texto, que no lo creo. Pero esto, lógicamente, es cuestión aparte.

En cuanto al posterior desarrollo legislativo del Estatuto habría que decir que, dadas las anómalas circunstancias en las que se desenvuelve el reinado de José I, fueron muchos los preceptos de la Constitución de Bayona que llegaron a desarrollarse por vía de decreto, orden o instrucción. No obstante, también es cierto que pocas de estas disposiciones lograron ejecutarse y

las que lo hicieron no siempre se ajustaron, en cuanto a su aplicación, al plan trazado en ellas. Sin ir más lejos, los decretos que desarrollan los artículos del Estatuto relativos a la organización de los tribunales de justicia (arts. 101-104), se promulgan en junio de 1812, dos meses antes de que el gobierno josefista prácticamente sucumba; apenas si dio tiempo a publicarlos en la *Gaceta*, lo que se hizo entre el 9 y el 15 del mes de julio. A principios de agosto se ordena la evacuación inmediata de Andalucía, que será definitiva. No fue el caso de la de Madrid, que también se produjo por las mismas fechas, pues hubo para el gobierno de José I un epílogo madrileño, además del postrero valenciano. De cualquier forma, parece que el rey, antes de su precipitada salida de la capital en agosto, tuvo ocasión de firmar los nombramientos de los magistrados y jueces que habrían de constituir los tribunales recién creados. Sin embargo, es bastante improbable, salvo quizás en Madrid, que alguno de los elegidos pudiera tomar posesión efectiva del cargo.

En otro orden de cosas, relacionado no obstante con aquello que decíamos sobre el desarrollo del texto, tampoco se puede olvidar que en la mayoría de las ocasiones no fueron las exigencias constitucionales, sino los acontecimientos político-militares que se iban sucediendo los que marcaron el ritmo legislativo. Un ejemplo de ello nos servirá para entrar en materia, sabiendo ya, o intuyéndolo al menos y no sólo por el título general, que la *justicia* que vamos a hallar cuando entremos no será precisamente la *napoleónica*.

II. La planta judicial. Provisionalidad y reciclaje

1. *Tribunal de reposición y Juntas contenciosas en la cúspide judicial*

El Consejo Real, el antiguo de la monarquía borbónica, máximo órgano no sólo de justicia sino también de gobierno y

administración, se convertía según lo dispuesto en Bayona o, si se quiere, por decisión de Napoleón, en el Tribunal de reposición (art. 104); en otras palabras, dicho Consejo se transformaba, o eso se pretendía, en una especie de tribunal supremo y de casación al estilo, hemos de suponer, del que funcionaba en Francia bajo la denominación de *Cour de cassation* desde 1804. Conocería dicho Tribunal (el Consejo, en definitiva) del recurso de reposición que se podría interponer tanto en materia civil como criminal. Ahora bien, en América, al igual que en Filipinas, en el ámbito penal, debían haber sido las Audiencias pretoriales, es decir, las establecidas en la capital de una capitanía general y presididas por su titular y no el Consejo real, las competentes para conocer de este tipo de recurso (art. 107). Suposiciones aparte y dejando a un lado a los territorios de *Ultramar* que, al fin y al cabo, fueron ajenos en la práctica a tales novedades, lo cierto es que la derrota del ejército francés en Bailén, en julio de 1808, tuvo dos consecuencias inmediatas y las dos, a nuestro objeto, son de suma importancia: por un lado, el desastre provocó la huída hacia Vitoria de José I y su séquito, por otro, y como reacción, la entrada de Napoleón en España al mando de la *Grande Armée*.

El Emperador, durante los meses que duró su estancia en España, no sólo asumió el mando militar en la península; también se arrogó poderes políticos, haciendo tabla rasa de lo aprobado en Bayona. Por decreto, uno de los ocho llamados *de Chamartín* (4), destituye a los miembros del Consejo "por cobardes e indignos de ser magistrados de una Nacion brava y generosa". Y es que los consejeros, no todos pero sí la mayor parte, nada más evacuarse Madrid, habían declarado nulas las renuncias al trono de Carlos IV y Fernando VII y la proclamación de José Bonaparte como rey de España; actos que, según decían, fueron suscritos por ellos "con restricciones secretas". También por

(4) *Gaceta* extraordinaria del domingo 11 de diciembre de 1808.

decreto de 4 de diciembre, como el anterior, Napoleón ordenaba la inmediata organización del Tribunal de reposición establecido en el texto constitucional. De la ejecución del primero se encargó con presteza el propio Emperador. El segundo, tarea ya del gobierno, se tardó mucho más en cumplir. De hecho, transcurrirán cuatro años antes de que dicho tribunal se organice. Entretanto, "con objeto de que no se suspenda la administracion de justicia, pues se arreglarán sucesivamente los tribunales, cuyo establecimiento está determinado por la nueva constitucion del reino", se recurre a mecanismos provisionales; mecanismos que se traducen en el mantenimiento de la antigua Sala de Alcaldes de Casa y Corte, estrechamente ligada al Consejo suprimido, y en la creación de un cuerpo, las Juntas contenciosas, que resulta más afín al defenestrado Consejo que al Tribunal de reposición previsto. En otras palabras, y aunque luego se desarrolle la idea, las Juntas contenciosas, o *de negocios contenciosos*, creadas por real decreto de 6 de febrero de 1809 (5) (de donde procede, por cierto, el entrecomillado anterior), por más que se atisben novedades en su funcionamiento, no son precursoras del nuevo Tribunal Supremo, sino herederas directas del viejo Consejo.

La conclusión que se acaba de adelantar, en otras circunstancias, nos hubiera colocado en un serio aprieto. Me explicaré. Si en estas páginas pudiéramos de verdad tratar de la recepción en España de la justicia napoleónica, no tendría sentido alguno convertir, como de hecho hacemos desde el propio enunciado, a las Juntas contenciosas creadas por José I en las principales protagonistas de este segundo apartado. Son las protagonistas porque su misma existencia constata el fracaso de la recepción. Las Juntas son sucesoras a todos los efectos, primero, del Consejo Real de Castilla y, luego, como veremos, de los restantes consejos. Sin embargo, tampoco se debe olvidar que el Consejo, antes

(5) *Gaceta* de 9 de febrero de 1809.

de ser suprimido, se metamorfoseó, al menos sobre el papel, en aquella especie de supremo tribunal de justicia al que antes nos referíamos. También esto, la idea misma, formaría parte de la herencia recibida por las Juntas; fue, si se quiere, el tercio de mejora incluido en la legítima.

Pero empecemos por lo básico, por la mera descripción. El decreto de 6 de febrero establecía, en el primero de sus artículos, tanto la composición del flamante y provisional organismo como su principal cometido: dos Juntas, diez jueces, cinco por cada Junta, y un fiscal común para las dos, que tendrán por única función resolver "los negocios contenciosos que se hallaban pendientes en el consejo Real y cuyas apelaciones le corresponderán según las leyes". El resto de los asuntos, los de administración y gobierno, también pendientes desde que se destituyeran a los miembros del Consejo y se mandaran sellar sus salas y escribanías, al igual que las del Tribunal de la Inquisición que corrió la misma suerte por decisión imperial que el Consejo de Castilla, se habrían de remitir, lógicamente por las Juntas, para su resolución "á los ministerios correspondientes"(art. 2). En consecuencia, sólo aquellos negocios que el Consejo despachaba por vía de justicia, podrán ser resueltos ahora por las Juntas contenciosas. Se trataba, pues, de una herencia compartida, pero no con los ministerios, sino con el Consejo de Estado, que aún tardará unos meses en constituirse. Mas no adelantemos acontecimientos.

Poco tiempo después de promulgarse el decreto de febrero, los dos artículos mencionados se vuelven a repetir, aunque con damnificados distintos. La causa no es otra que una nueva crisis político-militar a la que tiene que hacer frente el gobierno josefista. Crisis que se inicia en julio de ese mismo año de 1809, con la indecisa batalla de Talavera, y se cierra, militarmente, el 11 de agosto con el triunfo de las tropas francesas en la de Almonacid, y, a nivel político, con una serie de medidas represivas, encubiertas algunas de ellas, contra todo cuerpo o individuo que, aprovechando el momento crítico, se hubiera atrevido a

declarar el forzado carácter de su adhesión a la monarquía de José Bonaparte. Los consejos que aún subsistían resultaron ser los primeros afectados por tales medidas. El 18 de agosto, por decreto que se publica el 19 en la *Gaceta de Madrid*, quedan suprimidos "Los consejos de Guerra, Marina, Indias, Órdenes, Hacienda, la junta de Comercio y Moneda dependiente del último, y la real y suprema junta de Correos". La excusa que consta en el preámbulo no es otra que el establecimiento del nuevo, y ya mencionado, Consejo de Estado: "la division de sus secciones hacen inútil e incompatible la existencia de los antiguos consejos, porque en aquel (en el Consejo de Estado), se han de examinar los planes generales y particulares que interesan á la mejor administracion de estos reinos". Sea como fuere, con excusa o sin ella, lo cierto es que a partir de entonces las Juntas contenciosas también iban a conocer, siempre con carácter provisional, de "los negocios contenciosos que se hallaban pendientes" en los tribunales recién suprimidos, así como de "las causas civiles y criminales de los individuos del extinguido tribunal de la Inquisicion" (art. 2). En cuanto a los asuntos "administrativos y de gobierno" (la consigna se repite) tendrán que ser remitidos por las propias Juntas a los ministerios correspondientes, "de donde pasarán al consejo de Estado" (art. 3); Consejo, por cierto, que está funcionando desde el mes de mayo (6).

En efecto, el Consejo de Estado fue uno de los pocos órganos de gobierno, configurado en la Constitución de Bayona (arts. 52-60), que llegó a constituirse. Tuvo en sus primeros meses de vida una importante y frenética actividad; luego, desde finales de 1810, sus reuniones son cada vez más esporádicas y los asuntos a tratar por entonces ya no tienen la importancia de aquellos que se resolvieron en la etapa inicial. En cualquier caso, y es lo que me interesa señalar, ninguno de esos

(6) Aunque su instalación está anunciada desde el 24 de febrero de 1809, la sesión inaugural no se celebra hasta el 3 de mayo, según reza en la *Gaceta* del día siguiente.

asuntos guardaba relación con la que podía haber sido, si las circunstancias hubieran sido otras, la principal facultad del Consejo, la que derivaba de lo dispuesto en el artículo 58 de la Constitución: "conocerá de las competencias de jurisdicción entre los cuerpos administrativos y judiciales, de la parte contenciosa de la administración y de la citación a juicio de los agentes o empleados de la administración pública". Aunque nada más se establezca sobre el tema, y sólo tengamos noticias del traslado a dicho Consejo de los asuntos de administración y gobierno pendientes de resolución en los antiguos y extinguidos consejos, hemos de suponer, dadas las coincidencias entre el Consejo de Estado napoleónico y el josefista, que a éste le hubieran correspondido las funciones propias de un tribunal de apelación en materia contencioso-administrativa; tribunal que seguramente habría conocido en alzada de los asuntos juzgados en primera instancia por los consejos de prefectura que, por otro lado, no se comenzaron a constituir hasta bien avanzado el verano de 1811. Pero esto, naturalmente, es otro tema sobre el que además sólo cabe teorizar.

Volviendo al que nos ocupaba justo antes de introducir el inciso, no es extraño que las Juntas contenciosas, hecha añicos la estructura polisinodial y atribuidas a ellas las funciones judiciales de todos y cada uno de los consejos, se sintiesen, y así lo expresarán sus miembros en algún que otro escrito, "el Supremo de Justicia de toda la Nacion". Supremo, efectivamente, por superior, que no por Reposición, pues nada más lejos del Tribunal de reposición napoleónico, si nos atenemos a los hechos, que este organismo creado por José I en febrero de 1809. Sus primeras decisiones, aquellas básicas pautas organizativas que las Juntas se dieron nada más constituirse o las recomendaciones del ministro de Justicia, anteriores incluso a la ceremonia inaugural, las marcaron para siempre. No hubo vuelta atrás en esto; tampoco, que sepamos, hubo nadie entre los que sucesivamente se fueron nombrado que cuestionara aquellas reglas de funcionamiento que diseñadas por el fiscal,

Juan Meléndez Valdés, fueron aprobadas luego por las Juntas en pleno (7).

Que las Juntas no admitieran casos nuevos, que se limitaran, pues, a conocer de los asuntos pendientes de resolución en el Consejo Real, fue una de las primeras reglas propuestas por el fiscal. Para Meléndez Valdés no había duda sobre el papel a representar por la Juntas: en el supuesto de que se admitieran a trámite nuevos asuntos, "las ocupaciones de las Juntas jamás tendrían un término; se hallarían de día en día más y más cargadas de negocios, el Gobierno con nuevos embarazos para el establecimiento de los nuevos Tribunales constitucionales y por todo ello defraudadas las intenciones de S.M. en la erección de este provisional (...)". No hubo objeción alguna; todos se mostraron de acuerdo con el planteamiento del fiscal. Las Juntas, de este modo, se convertían, por decisión de sus propios miembros, en un mero tribunal de transición entre el Consejo y el futuro Tribunal de reposición. En realidad, ni tan siquiera eso, si se tiene en cuenta la afinidad que guardaban estas Juntas con el Consejo. De él, precisamente, heredaron el personal subalterno honores, distinciones y tratamiento; incluso la sede pues, según había quedado establecido en el decreto de 6 de febrero, "las juntas celebrarán su audiencia en las mismas salas en que las celebraba el consejo" (art. 3). Pero, por encima de todo, heredaron sus prácticas, el estilo del Consejo. No fue oportunismo, ni una cuestión de desidia: el propio Ministro del ramo, un día antes de la ceremonia que abría oficialmente las sesiones de las Juntas, sugería al juez decano que, en materia de orden y sustanciación de los procesos, "no se hiciese novedad alguna en lo practicado por el Consejo Real".

A este respecto, la supresión de los restantes consejos no trajo consigo cambios sustantivos. Hasta el punto de llegar a

(7) La propuesta del fiscal, dividida en trece puntos y con fecha de 17 de febrero de 1809, se puede consultar en: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/pmel/01383886422571622867 80...

establecerse que los subalternos procedentes de aquellos otros consejos, incorporados asimismo a las Juntas contenciosas, debían asistir de la misma forma que hasta entonces "pero conformándose en el traje y en todo lo que es ceremonia a lo que observaban los de sus respectivas clases del extinguido Consejo de Castilla". En cualquier caso, lo que está claro es que el incremento de personal tuvo que agravar aún más la ya de por sí lamentable situación económica de las Juntas; y eso que se decidió, mediante providencia, que sólo asistiesen a ellas los subalternos pertenecientes a lo judicial de los consejos extinguidos. En tan paupérrimas condiciones, la decisión de no admitir a trámite ningún asunto nuevo, también debió ser un factor determinante. Los sueldos no se pagaban y las deudas se acumulaban. La situación era insostenible y así se lo comunican al rey. La venta de la granadina finca del Soto de Roma (actual municipio de Fuente Vaqueros), ordenada personalmente por el monarca, daba alguna esperanza a los empobrecidos y endeudados jueces. Así, a finales de 1811 se ponían a la venta para sufragar los gastos del tribunal josefista, precisamente, las mismas tierras que en 1813 donarían a perpetuidad al duque de Wellington los diputados de Cádiz.

Más allá de la anécdota, la verdad es que las Juntas contenciosas, de un modo u otro, lograron subsistir durante algo más de tres años. Con fecha de 21 de junio de 1812, llega por fin el esperado decreto "sobre la organización de los tribunales". Un título completo, el cuarto, se encarga de la regulación del Tribunal de reposición previsto desde 1808. Todavía hay otro decreto, de 23 de junio (publicado también el 15 de julio), que desarrolla algunos puntos del anterior. Y, así, por ejemplo, es en éste donde se especifica que el nuevo Tribunal de reposición ha de conocer privativamente "de los negocios contenciosos que se cometieron á las Juntas creadas por decreto de 6 de febrero y 18 de agosto de 1809, con excepcion de los asuntos pertenecientes á la parte contenciosa de la administracion". De estos, a partir de entonces, suponemos que conocería el Consejo de Estado.

Sería ahora, en definitiva, cuando realmente podríamos comenzar a hablar de la recepción en España de la justicia napoleónica. Buena prueba de ello es el precepto que acabamos de citar. Pero para esta justicia ya no habría tiempo. Del Tribunal de reposición previsto sabemos, por ejemplo, el nombre de algunos de sus magistrados, aunque los conocemos por medio de las relaciones que se hicieron en otoño de 1812 del personal evacuado a Valencia y sus alrededores; sabemos, por esas mismas listas, que entre ellos los había procedentes de las Juntas contenciosas. También tenemos conocimiento, esta vez por el propio decreto, de que recibiría una pequeña parte de la herencia de los antiguos consejos: el personal subalterno. No todos los iniciales, ni mucho menos, tan sólo los que por esas fechas continuaban aún ejerciendo sus funciones en las Juntas, permanecerían desempeñándolas, interinamente, en el nonato Tribunal supremo.

2. *Audiencias, tribunales de primera instancia y alcaldes mayores*

Habrá, decía la Constitución de Bayona en el artículo 101, además de jueces conciliadores, "juzgados de primera instancia, Audiencias o tribunales de apelación (...)". Añade que "el número de los juzgados de primera instancia se determinará según lo exijan los territorios", y que "El número de las Audiencias o tribunales de apelación, repartidos por toda la superficie del territorio de España e Islas adyacentes, será de nueve por los menos y de quince a lo más" (art. 103).

Trece serían las Chancillerías, que no Audiencias, que se tendrían que haber constituido según el decreto de 21 de junio de 1812. No parece que ninguna de ellas llegara realmente a funcionar. Pese a esta circunstancia, no estaría de más señalar la estrecha relación existente, como no podía ser de otro modo, entre la división judicial que se proyecta y la organización admi-

nistrativa del territorio que sí se llevó a la práctica. Tomando como modelo la ley francesa de 17 de febrero de 1800 "relativa a la división del territorio de la República y de su administración", España quedará dividida, por decreto de 17 de abril de 1810 (8), a los efectos del gobierno civil en treinta y ocho prefecturas. Estas se dividirán en ciento once subprefecturas, a razón de tres por cada prefectura, excepto las de Ciudad Real, Cuenca, Madrid y Teruel que sólo tendrán dos, y la de Murcia que contará con cuatro. Las subprefecturas se dividirán a su vez en municipalidades. Sin entrar en pormenores sobre su implantación, lo cierto es que de esta división dependía, tanto la primera instancia como el establecimiento de los tribunales de apelación. La uniformidad administrativa, que se consigue mediante la división de España en zonas de extensiones semejantes con igual número, salvo excepciones, de subdivisiones, y mediante la concentración del gobierno de esas nuevas entidades administrativa en unos mismos órganos exactamente iguales para todas ellas (prefectos, subprefectos y corregidores o, mejor, un cuerpo de empleados municipales constituido por el corregidor y los regidores que funcionará como órgano ejecutivo del municipio), queda perfectamente reflejada en la organización judicial. Mientras que las competencias de las Chancillerías se extienden por un territorio que comprende varias prefecturas, tres por lo general, será en las subprefecturas donde residan los tribunales de primera instancia.

De esos últimos, de los de primera instancia, sólo tenemos noticias de uno que sí se creó y funcionó, pero no en cumplimiento del decreto de junio de 1812, del que no tuvieron los vecinos ni el más mínimo conocimiento, sino por decisión del comisionado regio que fue nombrado para un lugar tan problemático en aquellas fechas como era el de Ronda y su Partido o, mejor, la subprefectura de Ronda. El caso merece atención.

(8) *Gaceta de Madrid* de 4 de mayo de 1810.

En junio de 1810, el comisionado regio, Joaquín de Uriarte, ante la ausencia del corregidor y del alcalde mayor de esa ciudad, y porque "la justicia administrada por un juez lego con un asesor, no satisface las necesidades del público, ni las ideas liberales del gobierno", decide modificar, provisionalmente, la administración de justicia (9). Tenía poderes suficiente para ello y, además, también parecía tener las ideas claras. En cuanto a la regulación del tribunal en cuestión, el comisionado había dispuesto que estuviese formado por tres jueces que debían administrar la justicia civil y criminal en primera instancia, percibiendo por ello los mismos derechos que cobraban anteriormente el corregidor y el alcalde mayor, más una gratificación calculada en seis mil reales anuales. Asimismo, formarían parte del tribunal seis escribanos de número, que serán los únicos que puedan actuar en asuntos contenciosos, cinco escribanos reales, que ayudarán a los numerarios en las diligencias, un repartidor abreviador de las causas, que será también tasador y director del turno de los receptores y, finalmente, cuatro procuradores. No podría conocer este tribunal, y es importante por las peculiares condiciones de la Serranía, de los delitos especiales de insurrección que serían juzgados, según quedaba establecido, por una comisión militar.

No tenemos datos sobre las actuaciones concretas de tal tribunal. Sí sabemos que en marzo de 1811 aún seguía funcionando, aunque su composición por entonces ya no era la misma: el número de jueces se había ampliado de tres a seis. También nos consta que dependía judicial y jerárquicamente de la Chancillería de Granada. Pero más allá de estos detalles, interesa resaltar lo excepcional que resulta la instrucción del comisionado, sobre todo si comparamos su contenido con el de cualquier otra norma de este mismo periodo y de similares características. En la exposición de motivos, por ejemplo, el

(9) MUÑOZ DE BUSTILLO, 1991: *Apéndices Documentales*, 375-384.

comisionado no fundamenta su disposición en la bondad del nuevo gobierno, lo que supone una notable novedad, sino que la considera consecuencia de un nuevo sistema imperante en Europa del que España también se beneficia. Explica, en esos preliminares, la necesidad de la norma y, al mismo tiempo, enuncia toda una serie de principios entre los que se encuentran la división equilibrada entre los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, la independencia de éste último, la defensa de los derechos del individuo, la necesidad de los tribunales colegiados, el control del arbitrio judicial y la propia organización de los tribunales, distinguiendo entre los de primera instancia y los de apelación. Llama particularmente la atención la crítica que realiza a la comunión existente entre órganos judiciales y policiales, "el juez encargado de ambos actos se hace en cierto modo parte actora en la persecución del delito". Separa nítidamente las funciones de unos y otros: "la policía corrige (que no castiga) los primeros extravíos de la razon, que turban el orden publico (...) Igualmente vela sobre todos los verdaderos delinquentes, para perseguirlos, arrestarlos y conducirlos á sus respectivos Tribunales". La justicia, en cambio, "castiga al perverso que haya violado la propiedad, ó atentado contra el honor o la vida de los conciudadanos". El hecho de que sea la policía la encargada de perseguir, arrestar y conducir a los presuntos delincuentes ante el tribunal competente, favorece, dirá por último Uriarte, la imparcialidad del juez, la rapidez en los procedimientos y la flexibilidad de las formas. En fin, toda una declaración de principios, ciertamente, cuyo contenido poco tenía que ver con la realidad del momento.

Desconocemos cuántos otros tribunales de primera instancia se pudieron constituir por la geografía española, aunque lo más sensato es pensar, dada la movilidad y el rápido ascenso de los comisionados, que el caso del Tribunal de Ronda no fuera el único. No obstante, muy común no debió ser. Por lo general, la justicia de primera instancia fue función encomendada a los antiguos alcaldes mayores, al igual que los tribunales de apelación siguieron siendo las tradicionales audiencias o, mejor porque es más cierto, los restos que quedaban de ellas.

En plena crisis, aquella que se inició con la batalla de Talavera y que tantas repercusiones políticas tuvo, el gobierno josefista ordena el cese de "Todos los tribunales, jueces y justicias que no tengan nombramiento Real", que serán sustituidos "inmediatamente por otros de nuestro Real nombramiento", al tiempo que se declaraban "nulos todos los actos que de ellos emanaran en lo sucesivo" (10). Todavía hubo ocasión de concretar algo más. Un decreto, del mismo día que aquél que suprimió los consejos, establecía en su artículo primero que "Todos los empleados en qualquiera ramo de la administracion civil y judicial del reyno, como igualmente los Militares, que no hubiesen sido nombrados especialmente por Nos, ó por nuestros Ministros á nombre nuestro, cesarán en sus funciones, sueldos, honores y distintivos". Un cese casi generalizado que, sin embargo, no se preveía definitivo: "Estos empleados podrán solicitar de nuestra Persona por los Ministerios respectivos su acomodo y colocación, y serán atendidos según su conducta, capacidad y moralidad" (11). Conducta, lógicamente, política, antes que virtud, conocimientos técnicos o capacidades. Calidades o condiciones, incluida la de cesante, por otra parte, no muy distintas a las exigidas a los jueces y magistrados por los constituyentes de Cádiz, como veremos en el capítulo de Fernando Martínez, relativo a la "la Justicia doceañista".

Así pues, en tiempos de crisis, la depuración a través del cese se imponía sobre el vano juramento de fidelidad. Sólo así, nombrándolos de nuevo si fuera el caso tras cesarlos, se aseguraba el gobierno josefista la adhesión política de sus *empleados*. Pero insisto en la relación causa-efecto: medidas de tal índole sólo se

---

(10) Decreto de 19 de julio de 1809 (*Prontuario de las Leyes y Decretos del Rey Nuestro Señor Don Josef Napoleón I, desde el año 1808. Madrid, Imprenta Real, 1810-1812*, I, págs. 255 y 256).

(11) Decreto de 18 de agosto de 1809 (*Prontuario*, I, págs. 296 y 297).

acuerdan tras una crisis político-militar. Por ello, cuando las circunstancias son favorables, como lo eran en febrero de 1810 tras la conquista de los territorios andaluces, el gobierno no tiene inconveniente en confirmar en sus empleos o cargos a todos los empleados públicos, de "qualquiera clase en los quatro reynos de Andalucia" que "hubiesen prestado o prestasen dentro del tercero día después de la publicacion de este Decreto, juramento de fidelidad y obediencia á nuestra Real Persona, á la Constitucion y á las Leyes" (12); entre ellos, a los miembros de la propia Chancillería de Granada. En cualquier caso, sin importar demasiado el territorio de que se trate, todos padecieron por igual los efectos de la guerra.

Precisamente, es el contexto bélico y la necesidad de buscar soluciones alternativas, "con objeto de que no se suspenda la administración de justicia", lo que explica que la Sala de Alcaldes de Casa y Corte saliera indemne del atropello imperial de finales de 1808. Suprimido el Consejo, se utilizaron los registros de la Sala para inscribir en ellos los decretos de Napoleón. Incluso, por breve tiempo, se les atribuyó a sus alcaldes funciones de policía, de mantenimiento del orden público en la capital, lo que no era una novedad, además de la contenciosas que por aquellas fechas le eran propias. Pero lo más importante, al menos a nuestro objeto, es que la Sala, de la que provenían el fiscal y la mitad de los jueces de las Juntas contenciosas, llegó a convertirse en una especie de Audiencia de Madrid cuando, en diciembre de 1809, el contenido de la autorización que primeramente se le había dado para conocer "de las apelaciones que iban en otro tiempo a la Sala de Provincia", se amplía "para que falle y determine igualmente todos los recursos de apelación que se interpongan en Madrid y en las diez leguas de su rastro o territorio jurisdiccional en asuntos de las dotaciones de los otros Consejos extinguidos y demás Tribunales privilegiados de cualquier clase o calidad que fueren" (13). Una

(12) Decreto de 11 de febrero de 1810 (*Prontuario*, II, pág. 32).

(13) Decreto de 15 de diciembre de 1809 (PUYOL MONTERO, 1994: 226-227).

audiencia, sin embargo, ya veremos la razón, que no podrá conocer de asuntos tales como el asesinato, el espionaje o la infidencia, pero que sí será competente para conocer, como de inmediato comprobaremos, de los pendientes en el Tribunal de la Rota.

III. Nuevas soluciones para antiguos problemas y viejas prácticas revestidas de novedad

1. *La supresión de la jurisdicción eclesiástica*

En efecto, como desarrollo del artículo 98 de la Constitución y porque, según reza en el preámbulo del decreto (14), "el interés público reclama la unidad de jurisdiccion", en diciembre de 1809 se ordena que "el Estado eclesiástico" cese "en el ejercicio de toda jurisdicción forense, así civil como criminal". Jurisdicción que se devuelve a "los Magistrados seculares". Y así, las causas pendientes en primera instancia (curias eclesiásticas), "se remitirán a los juzgados ordinarios que hubieran sido competentes en el caso de haber tenido la demanda su principio en el fuero secular". Las que se estén revisando por el Metropolitano en apelación, "serán remitidas á la audiencia o tribunales superiores". Y, por último, a la Sala de Alcalde Corte, como ya hemos dicho, se remitirán las pendientes en la Rota "en qualquier grado de apelación". También resolvía el decreto cómo y dónde colocar a los notarios y procuradores que venían actuando en las curias eclesiásticas. Estos oficiales subalternos podían elegir entre permanecer en el lugar de su residencia, reconvirtiéndose así en escribanos reales y en procuradores numerarios del juzgado de primera instancia de aquellos lugares, o quedar adscritos, en las mismas condiciones, a los tribunales civiles competentes a partir de entonces. Jueces y tribunales, por cier-

(14) Decreto de 16 de diciembre de 1809 (*Prontuario*, I, págs. 448 y 449).

to, que según queda establecido, han de sentenciar "con arreglo a las leyes o cánones recibidos en España", pero siguiendo, en cuanto al procedimiento y al número de instancias, exclusivamente, las leyes procesales civiles. Suprimida la jurisdicción eclesiástica, y en justa contrapartida, algo después también se amortiza la jurisdicción castrense, de tal manera que "queda devuelta a los Ordinarios diocesanos", la "potestad espiritual privilegiada del Vicario general castrense" (15).

La unidad jurisdiccional prevista en el texto constitucional desde luego no se conseguiría, pero estaba dado el paso a todas luces más importante para lograrla. Otra cosa es que el decreto en cuestión se cumpliera, o que estuviera en vigor en algunos lugares y en otros no. Sin embargo, no es exactamente su aplicación, que habría que comprobar caso por caso, lo que interesa resaltar ahora, sino la novedad de su contenido. Partiendo de él, podría incluso pensarse que la recepción en España de la justicia napoleónica no fue, o al menos no totalmente, una experiencia fallida. No obstante, también es cierto que la delimitación de la jurisdicción eclesiástica en relación con la real era un problema que venía de lejos. De hecho, las Juntas contenciosas se referirán a un expediente general que sobre el tema se encontraba en los archivos del antiguo Consejo Real. El dato se trae a colación al hilo de un dictamen emitido por el fiscal, Meléndez Valdés, "sobre revocación de la sentencia ejecutoria en un pleito de esponsales" (16). Los autos habían sido remitidos por el ministro de Justicia "en consulta al tribunal" para que "con su audiencia le proponga su dictamen acerca de la resolución que en el asunto que en ellos se ventila pueda ser más arreglada a los principios de derecho y justicia". En resumidas cuentas, se trataba de un largo proceso, pues se había iniciado diez años atrás ante el ordinario eclesiástico, que enfrentaba a una pareja a

(15) Decreto de 16 de septiembre de 1811 (*Prontuario*, III, págs. 157 y 158).

(16) http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/06920529800625084199079/p00...

causa del incumplimiento por parte de ella de un contrato de esponsales. La importancia del dictamen aumenta a medida que el fiscal eleva el tono del debate, como "conviene a los principios generales de justicia y público interés". Aunque los esponsales se hayan tenido hasta aquí, dirá el fiscal, "como uno de los impedimentos canónicos, y como tal del conocimiento de la jurisdicción eclesiástica (...), ni son, ni han sido nunca, ni pueden ser otra cosa que un convenio lego y civil entre partes legas y civiles (...). No sólo esto, sino que el matrimonio mismo que los sigue (...), primero es civil que religioso, y antes un convenio y obligación de hombres que no un misterio y un sacramento de la nueva ley". En consecuencia es la ley civil "la que debe señalar la edad más conveniente a su celebración; la que ha de exigir la libre voluntad en el contrato, el asenso paternal, y cuanto puede interesar al orden, pudor y bienestar de las familias". Lo primero, por tanto, es reclamar "la entera y absoluta libertad de los matrimonios hasta el instante mismo de su celebración"; lo segundo es "borrar los esponsales del número de los impedimentos", que la autoridad civil examine los restantes y los arregle "como fuese más conveniente a la utilidad pública"; y lo tercero, y a nuestro objeto más importante, que se señalen "los verdaderos límites de las dos jurisdicciones eclesiástica y civil, según la diferencia de su objeto, sus medios y sus fines, y los verdaderos principios de una y otra".

No era la primera vez que Meléndez Valdés aludía, como de hecho alude en el dictamen, a la lamentable situación de la legislación española: "Nuestro sistema y nuestras leyes, edificadas sobre bases incoherentes y en diferentes tiempos, carecen de la unidad y proporciones que debieran tener, y están pidiendo y necesitan ser fundidas de nuevo". En el solemne discurso de instalación y apertura de la Real Audiencia de Extremadura (17), en

(17) http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/04702763289336240757857/p00...

el año 1791, ya se preguntaba, en relación a las leyes civiles, "¿por qué triste necesidad han de ocupar volúmenes sobre volúmenes de errores y tinieblas, revueltas más y más, y confundidas por esa serie bárbara de glosadores y eternos tratadistas?". Tampoco era la primera vez que defendía la conveniencia de fijar los límites de la jurisdicción eclesiástica: será preciso, afirmará el fiscal, "cuando se forme un código completo, cual lo exigen las luces del siglo y nuestra situación, dejar bien aclarados los límites de las dos potestades, con arreglo a la verdadera naturaleza de una y otra, procediendo en esto con una entera despreocupación". El dictamen que llega a las Juntas, por consiguiente, no es fruto de la improvisación, ni el resultado de unas reflexiones circunstanciales: Meléndez Valdés, y a él se le podrían sumar otros tantos, llevaba años madurando tal discurso. Ahora, a finales de 1809, parece haber llegado el momento de concretarlo en una disposición. Ya habían advertido las Juntas que para abordar el asunto de la jurisdicción eclesiástica haría falta una revisión de conjunto; revisión que según los términos de la Constitución, sólo incumbía al Consejo de Estado. Precisamente, el nombramiento de Meléndez Valdés como consejero de Estado se había producido a principios de noviembre; un mes antes, por tanto, de que se promulgara el decreto de supresión, junto a otro, por cierto, y no parece casualidad (sobre todo si atendemos a su preámbulo), en el que se ordenaba a las autoridades eclesiásticas "dispensar por ahora en todos los impedimentos matrimoniales" (18).

2. *El supuesto final de una secular confusión*

Entre los *reformadores-colaboracionistas*, además de Meléndez Valdés, también cabe destacar, por ejemplo, a Francisco de Cabarrús, que ocupó la cartera de Hacienda desde julio de 1808 hasta su fallecimiento en abril de 1810. El fundador del Banco de San Carlos y la Real Compañía de Filipinas, a finales del siglo XVIII, reducía "los remedios de nuestros males", de los de España, a una fórmula bien sencilla: "dejen las secretarías a los tribunales la administración de justicia, sin intervenir por ningún término en ella; y estos tribunales para nada intervengan en el gobierno" (19). Tras el comentario, no resulta difícil imaginar que es la confusión entre el orden gubernativo y el judicial o, mejor, la separación del ya clásico binomio, el tema que se pretende abordar a continuación.

Una primera aproximación a la materia nos llevaría a concluir, de forma quizás precipitada, que durante la monarquía de José I, con carácter general y al menos sobre el papel, dicha confusión había dejado de existir. La legislación de desarrollo de la Constitución, en la que en efecto se deslindaron funciones, propicia aparentemente tal tipo de conclusión. No obstante, hay razones para pensar que esa misma legislación debe leerse en otra clave distinta. El problema se plantea desde el punto y hora en que en tal distinción se apoya tanto el principio de separación de poderes como el de independencia del judicial. Y así, por ejemplo, el hecho de que las Juntas contenciosas no pudieran conocer, según estaba estipulado, de los asuntos de administración y gobierno pendientes en los antiguos consejos, se ha venido interpretado como la materialización misma, en época bonapartista, de tales principios. A mayor abundamiento, una orden del ministro de Justicia de julio de 1810, remitida a principios de agosto a las Juntas, mediante oficio, por el de Hacienda, disponía que "con arreglo a lo prevenido en la citada constitución y decretos posteriores acerca de la independencia de las funcio-

(18) Decreto de 16 de diciembre de 1809 (*Prontuario*, I, págs. 451-453)

(19) *Cartas sobre los obstáculos que la naturaleza, la opinión y las leyes oponen a la felicidad publica*, Madrid, 1820; Carta I (ALONSO ROMERO, 1982: 322).

nes judiciarias en todo negocio contencioso, sea de la naturaleza que quiera, pronuncien ("los tribunales de esta Corte y fuera") sus sentencias conforme a la ley, y las manden ejecutar en el tiempo y forma legal, sin necesidad de consultarlas antes con S.M. ni con sus Ministros, a no ser que la falta de ley aplicable al caso u otra causa extraordinaria lo exija" (20). Con tal disposición, en definitiva, parece cerrarse el círculo.

Pero vayamos por partes. Olvidémonos por ahora de un principio básico del Estado liberal como es el de separación de poderes, que ni tan siquiera se menciona en la Constitución, obra, por otra parte, no lo olvidemos, de Napoleón; olvidémonos también, aunque sí esté enunciado, del principio de independencia del judicial, porque, aunque se estableció la necesaria inhibición del ministerio de Justicia en los fallos o sentencias de los tribunales (21), se nos antoja casi imposible que con el gobierno de José I se pudiera imponer en España una justicia independiente del ejecutivo. Las circunstancias fueron en todo momento extraordinarias: un conflicto armado, un rey cuya legitimidad se cuestiona, un gobierno al que no se le permite gobernar, unos mandos militares franceses que transmutan en "virreyes". En fin, que no parece que por entonces fuera el de la independencia del "orden judicial" el mayor de los problemas. Pues bien, dejando a un lado todo esto, sólo nos queda que las Juntas ya no tendrían que consultar con el Rey sus sentencias o, dicho en otras palabras o leyendo, si se quiere, el oficio del ministro en esa otra clave, que, desaparecido el Consejo Real, aquella solemne ceremonia en la que dicho Consejo sometía a consulta con el Rey tanto los negocios de gobierno como los de justicia, se desvanecía con él. Quizás pueda pensarse que es una interpretación forzada; que no se trataba únicamente de derogar

(20) El oficio tiene fecha de 7 de agosto (PUYOL MONTERO, 1994: 227, nota n.° 100).

(21) Decreto de 6 de febrero de 1809, "en el que se señalan las atribuciones á la Secretaria de Estado y demás Ministerios" (*Prontuario*, I, págs. 83 y ss.)

viejas prácticas. Es posible, pero, aún así, sospecho que esta es la lectura que mejor se ajusta a la realidad.

Si imaginamos por un momento la dificultad, aunque sólo fuera técnica, que tendría que haber supuesto la efectiva separación del binomio (contencioso-gubernativo) y, a continuación, leemos desde aquella otra perspectiva la propuesta del fiscal aprobada por las Juntas, la sospecha comienza a tener bases más sólidas. En este sentido, dirá Meléndez Valdés, que como "Todos los consultivos administrativos y de gobierno que pendían en el Consejo deberán remitirse (...), al mismo Gobierno con el orden y la clasificación de su materia y estado para facilitarle su inteligencia", es indispensable "que los relatores y escribanos de cámara formen listas de todos con la posible brevedad, o más bien prefijándoseles por las juntas el término que tengan a bien". No le parece al fiscal, y a esto me refiero, que la tarea tenga una gran dificultad, "ya porque en el Consejo habrá libros de reconocimiento o con cualquier otro título donde se hallen consignados, ya porque, habiendo, como hay, listas formadas anteriormente, no será muy difícil continuarlas hasta el día, anotando y tildando los expedientes y negocios que en ellas se hallaren despachados". Se trataba, en definitiva, de trasladar a los respectivos ministerios los correspondientes expedientes según los registros del antiguo Consejo. Por esta razón, fue suficiente con dedicarle al asunto "una o dos" horas durante varios días, ya que el fiscal reconocía "que la separación de los negocios ni puede hacerse en un día, ni las Juntas dejar de trabajar entretanto en la administración de justicia". No parece que sean necesarios más comentarios al respecto.

En cualquier caso, y como ya se ha dicho, también es cierto que desde el gobierno se insiste en la necesaria independencia de la justicia o, mejor, se prohíbe mediante órdenes expresas que las nuevas autoridades civiles intervengan en asuntos contenciosos; prohibición que también atañe a las reconvertidas o recicladas. Pero esto no ocurrirá hasta bien avanzado el año 1810 o, incluso, algo más tarde si nos referimos al ámbito terri-

torial. Aquí es donde sin duda surgieron los mayores problemas. Recordemos que la organización administrativa del reino no se lleva a cabo hasta abril de 1810. Hasta el momento de su implantación continúan actuando, como máximos órganos de gobierno territoriales, los antiguos intendentes con las mismas prerrogativas que le fueron otorgadas, mediante Instrucción, en 1802, es decir, siguen ejerciendo su autoridad en los ramos de hacienda, guerra, policía, además de tener atribuidas ciertas facultades contenciosas. Puesta en marcha la división y organización de territorio, el problema persiste porque las propias autoridades superiores confunden a los recién creados prefectos, magistrados encargados de las prefecturas, con los anteriores intendentes, de tal forma que en el caos inicial aquellos, los prefectos, terminan asumiendo, además de sus funciones, las de los viejos intendentes borbónicos. Luego, y en relación concretamente con esto, el asunto se clarifica porque, si bien se les sigue atribuyendo "la autoridad y facultades que tenían los Intendentes del Reyno en todos los ramos de la Real Hacienda", queda establecido que "Para el exercicio de la autoridad judicial en el orden de Rentas y demás atribuciones de nuestro Ministerio de Hacienda", se nombrarán "en el distrito de cada Prefectura los Jueces letrados que fueren necesarios (...)" (22). No obstante, con normativa o sin ella, que los prefectos en los primeros tiempos terminaran o no asumiendo funciones distintas a las encomendadas, dependió en buena medida de otros factores: desde la personalidad y la preparación de los nombrados, hasta lo próximo o alejado que estuviera su destino de un cuartel militar con un mariscal al frente, pasando por la solvencia o el descrédito que mereciesen los antiguos tribunales que hubieran seguido desempeñados sus funciones como tales en el lugar correspondiente, fueron elementos determinantes en ese sentido.

(22) Decreto de 22 de abril de 1811 (*Prontuario*, III, págs. 137-142).

La situación cambia sensiblemente desde principios de 1811 o, al menos, así ocurre en Andalucía. El conde de Montarco, comisario regio de *todas las Andalucías*, es inflexible en este aspecto: los prefectos andaluces tienen prohibido rotunda y expresamente la resolución de cualquier asunto contencioso. En realidad, lo que hizo el comisario no fue sino aplicar, en el ámbito territorial, lo que ya estaba ordenado desde noviembre de 1810, mediante decreto (23), para el local: "Los Jueces de primera instancia y Alcaldes mayores conocerán única y exclusivamente de todas las primeras demandas judiciales, y no tendrán intervención alguna en el gobierno de los pueblos" (art. 1); "Del mismo modo los Corregidores cuidarán únicamente del gobierno de las municipalidades (...), sin introducirse á conocer de demanda alguna judicial, de qualquiera naturaleza que sea" (art. 2). Es imposible precisar qué grado de cumplimiento tuvo esta disposición, lo que significa que tampoco sabemos hasta qué punto se pudo diferenciar, en el ámbito local, lo contencioso de lo gubernativo. Imaginamos que todo ello dependió al final de la situación particular de cada municipio, lo que tampoco es que sea decir mucho al respecto.

IV. Epílogo. Las Juntas criminales extraordinarias

La primera de estas Juntas, que se crea para Madrid, estará compuesta por cinco alcaldes de la Sala de Casa y Corte. Sus competencias, las de todas las que se establecen, irán en detrimento de las ya mermadas audiencias. Conocerán de los asuntos más graves, de aquellos que por entonces, dado el contexto, importaban al gobierno de verdad: sedición, espionaje, infidencia, además del asesinato y el robo. Tras un juicio sumarísimo, los acusados que resulten culpables serán condenados a "la pena

(23) Decreto de 5 de noviembre de 1810, publicado en la *Gaceta* del día 6.

de horca", decía el decreto de constitución de la de Madrid, "que se executará irremisiblemente y sin más apelación" (24). Con posterioridad se crean las de Valladolid y Navarra (25), con la novedad de haber sido sustituida la pena de horca, que fue abolida en octubre de 1809 (26), por la de garrote.

En el caso de Andalucía, un decreto de 19 de abril de 1810, publicado en la *Gaceta* de 7 de mayo, dispone que "en cada una de las capitales de provincia de las Andalucías (...), se formará una junta criminal extraordinaria, que conozca de los delitos especificados en este decreto que se cometan en sus respectivos distritos provinciales". Con una mejor estructura que el primero dado para la capital, fruto de la experiencia, el decreto en cuestión divide en tres grupos los delitos de los que tendrán que conocer los cinco jueces togados y el fiscal nombrados para cada una de ellas: "1.° Espionaje ó correspondencia en favor de los insurgentes, reclutamiento, sedición, rebelión e inobediencia, y qualquiera otra conspiración contra nuestro gobierno, aunque no se haya seguido el efecto, y el impedir ó disuadir á las municipalidades la justa defensa contra las llamadas guerrillas o quadrillas de bandidos. 2.° Asesinato, robo en camino ó con fuerza armada. 3.° uso de rejón ó puñal y de armas de fuego sin permiso de la autoridad competente". La pena, en el supuesto de que se pueda demostrar la culpabilidad del acusado, sigue siendo la de garrote. Contra dicha sentencia no cabe apelación. En caso contrario, es decir, si el tribunal, después del juicio, no estuviese convencido de la culpabilidad del reo, remitirá la causa "a las respectivas Salas del crimen" para que allí se continúe y se sentencie "a la mayor brevedad posible, y con arreglo a las leyes generales". Precisamente, será este punto el que se modifique algunos meses más tarde, de tal manera que en aquellos lugares donde no existen "Salas del crimen", y a fin de evi-

(24) Decreto de 16 de febrero de 1809 (*Prontuario*, I, págs. 109 y 110).
(25) Decreto de 18 de mayo de 1809 (*Prontuario*, I, págs. 184 y 185).
(26) Decreto de 19 de octubre de 1809 (*Prontuario*, I, págs. 415 y 416).

tar dilaciones, habrán de ser las propias juntas criminales las que sustancien las causas "con arreglo a las leyes comunes" (27).

Antes de que se promulgue este decreto ya se han instalado en Andalucía algunas juntas de este tipo, por ejemplo, en Jerez de la Frontera. Junta, la de Jerez, la que mejor conocemos, que no tiene limitadas sus competencias al ámbito puramente municipal. Se trata, en realidad, de un tribunal provincial cuyos gastos de instalación y mantenimiento corren a cargo de todos los pueblos de la *Prefectura de Xerez*. La orden de su creación procedió del mismo que elaborara la proclama con la que iniciábamos estas páginas, es decir, de Francisco Amorós que por entonces actuaba como Ministro interino de Policía. Constituida por cinco miembros, todos alcaldes mayores, el tribunal criminal jerezano no fue, en absoluto, una institución creada sobre el papel. Tuvo, no nos cabe la menor duda, un extenso margen de actuación, y sus actividades influyeron decisivamente en la comarca donde estuvo instalado. Cuarenta y cuatro ejecutados en treinta meses, no sólo nos confirman que el tribunal jerezano actuó de forma decidida, sino también que pese a todo sí se produjo (de ahí introducirlas a modo de epílogo), al menos en este aspecto, una clara recepción de la justicia napoleónica, pues la Junta criminal de Jerez, y con ella suponemos que otras muchas, en poco se diferenciará de aquel tribunal criminal especial, instalado en *les Côtes-du-Nord* por orden del Emperador (28), que llegó a pronunciar durante el primer año de su existencia veinticuatro condenas a muerte, a las que habría que sumar las trece ejecutadas en el curso del año siguiente.

ORIENTACIÓN BIBLIOGRÁFICA

Con carácter general, la producción bibliográfica generada sobre este periodo de la Historia de España es de tal calibre,

(27) Decreto de 22 de octubre de 1810 (*Prontuario*, II, págs. 232 y 233).
(28) GODECHOT, 1985: 628.

numéricamente hablando, a la vez que dispar, que no cabe, en estas breves líneas, ni tan siquiera una primera aproximación a ella. Tampoco lo pretendemos. El esfuerzo, por otra parte, resultaría absolutamente vano: la Biblioteca virtual Miguel de Cervantes ofrece portal (Ignacio FERNÁNDEZ SARASOLA) y títulos digitalizados. Asimismo, Javier MAESTROJUÁN CATALÁN, en la Revista electrónica *Hispania Nova, 2* (2001-02), proporciona al interesado una completa relación de títulos relativos a la materia (*Bibliografía de la Guerra de Independencia española*).

Ahora bien, puestos a concretar, si de lo que se trata es de la implantación en España del gobierno de José Napoleón I el saldo, cuantitativamente, se reduce de manera considerable. Hasta tal punto es así que continuamos pensando, al igual que pensábamos hace años (MUÑOZ DE BUSTILLO, 1991), que en este sentido, hoy por hoy, obras ya clásicas como la de SANZ CID, sobre el *Estatuto de Bayona* (1922), o las generales de MERCADER RIBA sobre el *Estado español bonapartista* (1971, 1983), siguen siendo las verdaderamente fundamentales.

CAPÍTULO 5

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA JUSTICIA (1810-1823)

Fernando Martínez Pérez
Universidad Autónoma de Madrid

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA JUSTICIA (1810-1823)

SUMARIO: I. ENTRE CONFIANZA Y RESPONSABILIDAD. TRADICIÓN E INNOVACIÓN DE LA JUSTICIA DOCEAÑISTA. II. EL OFICIO DEL JUEZ. CALIDADES Y RESPONSABILIDADES. 1. Selección del personal judicial, las calidades del juez y el valor estructural de la adhesión política. 2. Motivos y procedimientos de la responsabilidad judicial en Cádiz. A) Responsabilidad y calidades. El juez como empleado público. B) Responsabilidad particular del juez. 3. La retribución del juez gaditano: entre indemnización y salario. III. LA ORGANIZACIÓN JUDICIAL DOCEAÑISTA. 1. El Supremo Tribunal de Justicia como centro y cúspide de la autoridad judicial. 2. Las Audiencias. De regios tribunales a tribunales superiores territoriales. 3. Alcaldes, juzgados y jurados. Justicia oficial y justicia ciudadana. IV. CONCLUSIÓN. CULTURA JURISDICCIONAL Y ORDEN CONSTITUCIONAL. EL EXPERIMENTO JUDICIAL DOCEAÑISTA. ORIENTACIÓN BIBLIOGRÁFICA.

I. ENTRE CONFIANZA Y RESPONSABILIDAD. TRADICIÓN E INNOVACIÓN DE LA JUSTICIA DOCEAÑISTA

Invocar la confianza y la responsabilidad para proceder a la calificación de un determinado modelo de administración justicia puede resultar banal. Al elevar este binomio a título se pretende tan sólo poner de manifiesto el carácter, en cierta medida, secundario de otros elementos o principios que informan hoy en día la organización y funcionamiento de la administración de justicia y cuyos orígenes, quizás apresuradamente, se han ubicado en la experiencia constitucional gaditana. Pues, en efecto, el objetivo de estas páginas no es otro que mostrar cómo en el experimento constitucional gaditano los principios de la vinculación del juez a la ley, la exclusividad de la función judicial, la independencia, o la unidad jurisdiccional, etc. aunque no dejaron de ser enunciados, no jugaron entonces el papel basilar que hoy les suponemos en un Estado constitucional. Aunque más bien habría que convenir que, en aquella experiencia constitucional, los enunciados de estos principios representaban unos significantes que el peculiar momento gaditano dotó de sentidos muy diferentes respecto de los actuales.

La distancia entre los sentidos gaditanos y los contemporáneos suele explicarse en clave de progresiva y problemática asunción de los principios informadores de la justicia liberal. Aquella distancia sería la que mediase entre el terreno de la teoría y su realización en la práctica. Así las cosas, la aparente contradicción entre algunos de aquellos principios entre sí, o con la práctica institucional de los años del experimento gaditano, suele comprenderse como el resultado de una solución de compromiso con las resistencias materiales de un mundo todavía anclado en el antiguo régimen, como una patología propia de aquellos tiempos o, incluso, como la falta sinceridad de los padres del primer constitucionalismo español. De las ocasiones en las que se acude a este tipo de interpretaciones no faltan ejemplos referidos a la justicia del primer constitu-

cionalismo español. Bastaría con traer a colación los dos más recurrentes.

El primero tiene que ver con lo que parece una antinomia constitucional, entre la norma que, por un lado, determina la separación de poderes, *rectius* de potestades, legislativa, ejecutiva y judicial; y, por otro lado, el precepto que, en sede de gobierno económico y político de los pueblos, reconoce –más que atribuye– funciones jurisdiccionales a los alcaldes constitucionales.

El segundo ejemplo que se trae a colación consiste en la valoración de las depuraciones personales que acompañaron el cambio de régimen político –o, andando el siglo, del cambio político del régimen–. El cese, la jubilación forzada, la declaración de interinidad de los empleos de jueces y magistrados se suponen incompatibles con un régimen constitucional que establece los principios de independencia e inamovilidad judicial. Es por ello que estas depuraciones se suelen interpretar como la contradicción entre los preceptos constitucionales que establecen estos principios en teoría y una práctica social e institucional que los desconoce abiertamente, que incluso llegará a formalizarse cuando, por ejemplo, se establezcan escalafones de cesantes destinados a ocupar, por turnos, los puestos de judicatura.

Adviértase, sin embargo, que en este caso, pero también respecto del anterior, puede llegar a aventurarse una explicación que estriba en la afirmación de la intromisión del poder ejecutivo en el funcionamiento de la justicia, acaso como resabio del que se considera sobreentendido absolutismo propio del antiguo régimen, indicativo de una fase todavía muy incipiente en el proceso de construcción del Estado liberal y de Derecho. Dicho de otra manera, la llamada "confusión" de lo gubernativo y lo contencioso en la fijación de las competencias de los alcaldes, del primer ejemplo, o lo que se entiende como aplicación del principio *durante beneplacito*, del segundo, pueden suponerse consustanciales a un modelo de justicia propio de una Monarquía administrativa o de un Estado de

policía, absoluto si se prefiere, pero que son anacrónicos respecto de un Estado constitucional. Entonces, la antinomia constitucional del primer ejemplo, o el *decalage* entre teoría y práctica del segundo, se comprenderían como manifestaciones de un momento de ruptura en el que los nuevos principios constitucionales no habían logrado aún imponerse a un mundo todavía anclado en el antiguo régimen. De manera que la interiorización en la cultura constitucional de tan manidos dogmas habría de ser el resultado de un largo y difícil proceso que aunque anunciado en 1812 no podría sino comenzar a asentarse con la Ley de 1870.

Ahora bien, de las afirmaciones que se han formulado en capítulos anteriores de esta obra ya se deduce la inconsistencia de esta suerte de interpretaciones que, moviéndose en un canon historiográfico de factura decimonónica que habla del paso del absolutismo al régimen constitucional, no toma en consideración toda una literatura que ha puesto de relieve, como si fueran las dos caras de una misma moneda, de un lado, los problemas estructurales de absolutismo europeo y, de otro lado, la presencia, todavía en el XIX y no sólo español, de una gestión jurisdiccional del poder político. Por lo que toca a este último extremo, son todavía predicables de la justicia española del primer ochocientos, los rasgos de una cultura jurídica en la que era imposible mantener, entre otras razones por la prohibición de motivar los fallos, la lógica de la actuación judicial asentada sobre un silogismo normativo. Este dato ya es fundamental porque nos remite a un mundo en el que la confianza en, y por tanto la eficacia de, la recta y pronta administración de justicia depende más de las "calidades" sólo externamente apreciadas ya de los jueces, ya de los trámites procesales, que de la vinculación de la resolución a un sustantivo canon normativo. Y es por ello que el mantenimiento de estas calidades se convierte en el rasgo que indiscutiblemente califica la justicia doceañista pues su concurrencia garantiza la confianza –de justiciables y poderes públicos– y su falta se convierte en prioritario, si no exclusivo,

motivo de responsabilidad. Desde estos presupuestos acaso sea posible una lectura alternativa sobre la justicia propia de primer constitucionalismo español. A partir de aquí, para salvar la distancia entre principios y dogmas liberales, de un lado, y su práctica gaditana, de otro, en este trabajo se adoptará una perspectiva según la cual respecto de los primeros, los principios, no se presume que fueran operativos por el hecho mismo de ser enunciados, y respecto de las prácticas aquí no se las concibe como patología sino como fisiología de la justicia de aquel momento.

Es por esto mismo que para proceder a dar cuenta de una distinta lectura de la justicia doceañista se prescindirá de la tradicional exposición preliminar sobre los principios y dogmas liberales en materia judicial. Pero existe además otra razón para alterar el esquema tradicional de disposición de los objetos que se suelen entender pertinentes para una historia de la justicia. Creo que ha quedado sentado en la primera parte de esta obra que en el momento de la crisis de independencia no puede afirmarse la existencia de una Administración como sujeto, esto es, como centro de imputación de las resoluciones judiciales; en consecuencia, sean cuales sean los rasgos de la organización de la justicia que formulemos habrán de ser predicados personalmente de los propios jueces. Por todo ello parece que más se compadece con una perspectiva historiográfica que trata de evitar la proyección en el pasado de innovaciones un esquema de exposición que proceda a dar cuenta en primer lugar de todos esos aspectos que tienen que ver con lo que doctrinalmente se conoce como el "estatuto del juez", para sólo después abordar los problemas relativos a la planta y organización de la justicia del primer constitucionalismo español.

Finalmente, y aunque en alguna ocasión pueda manifestarse a lo largo de estas páginas, no está de más recordar aquí que las afirmaciones que se viertan a continuación han de ser predicadas de una España que a las alturas de 1812 era todavía doble, peninsular y ultramarina. Es más, las soluciones judiciales de

La norma donde se fijaron dichas calidades como desarrollo del art. 251 de la Constitución fue el decreto de 3 de junio de 1812, que no hacía otra cosa que extender al conjunto de la judicatura las calidades que se habían requerido para los magistrados del Tribunal Supremo en 17 de abril de aquel año, como consecuencia de la sustitución de los antiguos Consejos por los nuevos tribunales diseñados en el texto constitucional. En el decreto de 3 de junio se establecía que en todo juez habían de concurrir las siguientes calidades:

> «ser letrados, gozar de buen concepto en el público, haberse acreditado por su ciencia, desinterés y moralidad, ser adictos a la Constitución de la Monarquía, y haber dado pruebas en las circunstancias actuales de estar por la independencia y libertad política de la Nación».

Formulado de esta manera el catálogo de las calidades del buen juez doceañista, pareciera que el constitucionalismo gaditano en materia de requisitos para la selección de su magistratura se limitaba a sumar a la relación de cualidades del antiguo *iudex perfectus* la calidad de ser –o, mejor dicho, de parecer– políticamente adicto a las nuevas instituciones. En una cultura que en el juzgar estimaba más las personas que los saberes, la importancia de las calidades no puede ser despreciada. La disciplina de la persona del juez aseguraba su vinculación al Derecho, porque en un mundo en el que el juez decidía inmotivadamente pleitos y causas, y contaba para hacerlo con todo el arsenal jurídico del Antiguo régimen, la única forma de asegurar la vinculación del juez, no a la ley, sino al proyecto político de transformación de la sociedad que la ley contenía pasaba por asegurar la adhesión política de su persona.

El reconocimiento de la adhesión política al régimen como criterio de selección de jueces y magistrados suscita inmediatamente dos problemas que merece la pena contemplar. El primero de ellos tiene que ver con la valoración del alcance que esta

normativa tuvo para la dotación de las plazas de jueces y magistrados. El segundo problema tiene que ver con el peso específico que en la selección del juez hubo de tener este requisito en comparación con los tradicionales relacionados con la aptitud, moralidad y concepto público.

En cuanto a lo primero, se puede afirmar que, con la excepción de la depuración de aquellos empleados que habían servido al gobierno intruso, la magistratura vio respetados sueldos, honores y en la mayoría de los casos también sus plazas con el nuevo régimen constitucional. Aunque una muy distinta a la tradicional había de ser la planta judicial de la Monarquía, respecto de los magistrados que habían servido en antiguos Consejos y Tribunales se llegó al tácito compromiso de colocarlos en las nuevas instituciones. Mientras tanto, quedaban en la clase de cesantes con disfrute de sueldo y honores. Pero incluso respecto del que había sido cesado por haber servido en las instituciones josefinas se arbitraba un procedimiento para obtener su rehabilitación y, en el caso de los magistrados, incluso la reposición. De este procedimiento conocían caso por caso las mismas Cortes. De esta manera la figura del cesante comparecía en el paisaje burocrático del constitucionalismo español como resultado de una transacción entre, de un lado, la necesidad, como hemos visto, de depurar el aparato judicial y, de otro lado, una concepción patrimonial del oficio reforzada constitucionalmente según la cual nadie podía ver alterada su situación jurídica sin conocimiento de causa con audiencia y contradicción de parte. La inamovilidad judicial fue percibida en la experiencia constitucional gaditana antes como derivación de esta noción patrimonial del oficio que como garantía institucional frente a las presiones del poder político sobre jueces y magistrados. Muestra de ello es que los jueces que eran separados del servicio protestasen su situación con fundamento en el art. 4 de la Constitución que establecía la protección de la propiedad y no el 252 que preveía la independencia del poder judiciario.

Junto a la figura del cesante ha de hacerse aquí también referencia a la figura del interino. En esta categoría no sólo entraban aquellos jueces o magistrados que habían obtenido su plaza provisionalmente por faltarles alguno de los requisitos establecidos por la Constitución y la normativa de desarrollo, sino que a tal condición también quedaron degradados los jueces propietarios como resultado del cambio de régimen político. La declaración general de interinidad utilizada desde 1810 ha de verse como un instrumento constituyente de la administración de justicia. El acompañamiento que a tales declaraciones se hizo del juramento no viene sino a refrendar la consideración de tal carácter. Aquella declaración tenía como finalidad acomodar la judicatura al sistema político que en cada momento rigiera, evitando la interrupción de la pronta administración de justicia al tiempo que permitía la remoción ulterior del magistrado si así lo aconsejaba el examen de su conducta política. La consecución de aquella finalidad hacía que la declaración de interinidad pudiera realizarse respecto de jueces considerados propietarios por el régimen político abolido, pudiera tener efectos retroactivos o pudiera, incluso, considerarse tácita.

En la restauración del régimen constitucional en 1820 volvió a recurrirse a estos mismos instrumentos que habían sido perfilados en la puesta en planta del sistema constitucional durante el periodo 1810-1814, llegándose a un resultado parecido consistente en que sobre todo la magistratura no se vio especialmente afectada por el cambio. Es sabido que durante el Trienio se denunciaba por los sectores más exaltados que el Consejo de Estado no había atendido en las propuestas para la selección de la magistratura el criterio de afección política establecido por el decreto de 3 de junio. Se acusaba al Consejo de Estado de haber permitido, y aún fomentado, que los menos comprometidos con el régimen constitucional siguieran sirviendo sus destinos en los Tribunales de la Monarquía. Estos mismos sectores denunciaron que la lasitud con que los tribunales se empleaban en la persecución de las causas de conspiradores a la Constitución era la prueba de una magistratura no comprometida con el régimen liberal.

En cuanto a la segunda cuestión, y más allá del alcance que la exigencia del compromiso político tuviera en la selección de la magistratura, es preciso reconocer que nueva cualidad fue concebida como elemento estructural del sistema judicial, y así tuvo más peso específico que otras circunstancias del candidato a ejercer cargos de justicia. Un muy somero examen de las hojas de méritos que los aspirantes a servir empleos de magistratura enviaron al Consejo de Estado, nos muestra como los candidatos no tenían menor recato en apoyar su idoneidad sobre circunstancias como haber perdido un familiar en la guerra, sostener de su bolsillo una partida de guerrilleros, ser el primero en publicar la Constitución, o en fijar su lápida en la plaza del pueblo. Como se puede imaginar, el significado de lo que quería decir adhesión a la Constitución y a la libertad e independencia de la Nación cambió durante la primera experiencia constitucional y por supuesto fue distinto durante el Trienio. Así, si el objetivo en un principio pudo consistir en depurar el aparato de afrancesados, en un segundo momento el mismo requisito sirvió para excluir a los llamados serviles, y en el Trienio, adhesión a Constitución podía tener un sentido diferente entre exaltados y doceañistas.

2. *Motivos y procedimientos de la responsabilidad judicial en Cádiz*

> «La autoridad real sujeta a restricciones. Cortes generales convocadas para todos los negocios graves é importantes. Jueces responsables, y dirigidos por leyes, hechas, sancionadas y publicadas en Cortes. El régimen y administración de los pueblos y provincias, confiados á sus ayuntamientos como en su orígen, y según la indole natural y primitiva que tuvieron» (3).

(3) Agustín de ARGÜELLES, *Examen histórico de la reforma constituciona que hicieron las Cortes,* Londres 1835, págs. 64-65.

Al rememorar la reforma constitucional Argüelles definía con estas palabras "el tipo y legitima traza del gobierno monárquico de España". En lo que parece un rápido recorrido por los poderes, el rasgo que definía la judicatura era la responsabilidad. Antes que la independencia, aquélla aparecía como fundamento legitimador de la antigua planta judicial de la Monarquía. Y como tal fundamento era al tiempo límite y criterio rector de la recuperación constitucional (4). Habría que preguntarse ¿qué sucedería si tal responsabilidad faltase?, si se le hubiera negado la valencia constitucional que estos textos parecían asignarle; ¿cuales serían las consecuencias del reconocimiento constitucional de unos jueces irresponsables?

> «/.../debe quedar un medio de castigar al juez que contra derecho ó contraviniendo/.../ á las leyes haya faltado á su obligacion; de lo contrario, vendría la magistratura a ser soberana, y el resultado sería poder disponer á su antojo de la hacienda, honor y vida de los ciudadanos/.../ esto basta para que las Cortes tengan cuidado en no crear una autoridad soberana que pueda perjudicar á la causa pública» (5).

(4) "El Título V comprendía el arreglo del poder judicial en todas sus relaciones civiles y criminales; procurando conservar el orden establecido en todo lo que fuese compatible con la brevedad de las causas, y con la responsabilidad de los magistrados y jueces", *ibid.*, pág. 88.

(5) *Diario de las Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias*, sesión de 11.3.1813, págs. 4810-4811. La idea se mantuvo en el Trienio. Entonces se reformuló con motivo de la discusión suscitada por la visita de las causas de conspiración sitas en los tribunales territoriales: "/.../Aquí se trata de que el poder judicial, que ya es independiente, no sea soberano, como dijo oportunísimamente el Sr. Argüelles en las Cortes Constituyentes: que era preciso evitar que el poder judicial se constituyese en soberanía, como se constituiría si no hubiese esta traba, este dique de la responsabilidad que oponerle", intervención de González Alonso, *Diario de Sesiones de las Cortes, legislatura de 1822*, s. 17.4.1822, pág. 881; "por dos o tres causas en que se halle una sentencia contra ley expresa que no esté derogada, ó que se halle una infraccion de Constitución, se hará ver al poder judicial que no es soberano, y que sus individuos están sujetos a responsa-

Estos extractos parecen suficientes para mostrar que la efectiva responsabilidad no fue entonces sólo un aspecto del estatuto personal del juez. Antes bien, como trataremos de poner de manifiesto en este epígrafe, la efectiva responsabilidad operó como elemento esencial no sólo de la justicia doceañista, sino incluso del entero edificio del primer constitucionalismo español. Pero con estas referencias también quiere señalarse que si este rasgo sirve mejor que otros para calificar la justicia gaditana no es por su novedad sino por todo lo contrario. La reconstrucción del sistema de responsabilidad existente bajo la vigencia del constitucionalismo gaditano no puede tomar como punto de partida la imagen de una justicia irresponsable en vísperas de la revolución constitucional. La justicia del Antiguo régimen tenía sus mecanismos, motivos y procedimientos de responsabilidad, lo que ha sido ya objeto de atención en esta obra. A partir de esta situación, junto a los tradicionales motivos y procedimientos, el constitucionalismo gaditano introduciría otros destinados a la defensa y promoción de su propio orden.

El régimen de responsabilidad del empleado por el desempeño de las atribuciones de su oficio fue en Cádiz un precipitado de una serie de incidentes resueltos por las Cortes. Como consecuencia de estos incidentes y, en general, de las circunstancias y dificultades que rodearon la discusión y puesta en planta del régimen constitucional, las Cortes terminaron por conceptuar la responsabilidad como el expediente técnico más apto para trabar las diversas autoridades y empleados con los centros de autoridad, esto es, con las propias Cortes, el Ministerio o el Tribunal Supremo. En el régimen de responsabilidad que se definió en 1813 y se codificó en 1822 se dio respuesta a las reclamaciones que habían surgido de dichos incidentes. Allí se diseñaron una

bilidad", *DSC, legislatura de 1822*, intervención de Gómez Becerra, s. 18.4.1822, pág. 899.

serie de motivos para la exigencia de responsabilidad en los que se combinó tradición y ruptura.

Pero las causas de responsabilidad del juez doceañista no se clasifican sólo por su mayor o menor novedad. Junto a este criterio, quizás sea más oportuno referirse al que tiene que ver con la condición del juez como empleado público. Como tal entre 1813 y 1822 se tipificaron ilícitos como la prevaricación, los cohechos y, cómo no, los relacionados con el cumplimiento de los mandatos. Estos motivos tenían que ver, ya con la imagen que el empleado público debía mantener respecto del administrado, ya con la obediencia que este empleado debía a sus superiores jerárquicos. Un segundo tipo de supuestos de responsabilidad es el de los comportamientos que eran peculiares de los jueces y magistrados, calificados fundamentalmente por unas más explícitas causas de generación de responsabilidad relacionadas con la aparente sujeción de su actividad a criterios de legalidad. Ahora bien, esta clasificación de las causas de responsabilidad del juez doceañista de alguna manera, como trataremos inmediatamente de hacer ver, se solapa con otra a la que ya nos hemos referido en la introducción de este capítulo.

Así, en primer lugar –y aunque con mayor exigencia respecto de los jueces y magistrados– los motivos de responsabilidad del juez como empleado público aparecían como sanción a la pérdida por aquél de las cualidades personales que lo habilitaban para el empleo. En este sentido en el decreto de 24 de marzo de 1813 se tipificaría la conocida ineptitud como negativo de la ciencia, la prevaricación y el cohecho como negativos de desinterés y, un catálogo de comportamientos indecorosos como negativo de la moralidad y el concepto público.

En segundo lugar, en cuanto a la responsabilidad particular de los jueces y magistrados, los motivos que la desencadenaban más tenían que ver con las calidades de las actuaciones mismas que con las de las personas o incluso con el sentido de los fallos.

A) *Responsabilidad y calidades. El juez como empleado público*

En el decreto de responsabilidad de 1813, prevaricador era el empleado judicial que "á sabiendas" juzgase "contra derecho por afecto ó por desafecto hacia alguno de los litigantes ú otras personas". En la misma norma pero en capítulo intitulado "de los demás empleados públicos", prevaricadores resultaban "los de qualquiera clase, que como tales y á sabiendas abusen de su oficio para perjudicar a la causa pública, ó á los particulares". El Código penal de 1822 desarrolló y refundió estas definiciones a través de la formulación de varios tipos penales, quedando el principal de la siguiente guisa:

Art. 451: "Son prevaricadores: Primero: los jueces de derecho ó arbitros de la misma clase, que á sabiendas juzgan contra ley por su interés personal, por afecto ó desafecto á alguna persona ó corporacion, ó en perjuicio de la causa pública ó de tercero interesado".

El tipo de prevaricación recogido en el Código penal se ensanchó para contemplar toda actividad desleal de desobediencia a las leyes y órdenes de los superiores legalmente formuladas (6), así como la deslealtad en el ejercicio de las obligaciones del oficio público que desempeñara el funcionario (7). La descripción del tipo se cerraba con una cláusula en que se contemplaba además el abuso doloso de las funciones y la tolerancia con las infracciones de los subalternos, con el resultado del perjuicio a terceras personas o a la causa pública (8). En la apreciación de la prevaricación no se valoró tanto la ciencia, sino los intereses que pudiera tener el juez en la contravención de la norma. La malicia se convirtió en el elemento esencial del tipo pues concedía a la prevaricación su carta de naturaleza, nacía

(6) *Cfr. Código penal de 1822* (=CP) art. 451. 4.°, 5.°.
(7) Cfr. CP 451.6.°
(8) Cfr. CP 451.7.°

ésta no del conocimiento por el juez del derecho, de la ley o de sus obligaciones, sino del interés del juez de favorecerse (o favorecer), perjudicando a terceros o a la causa pública.

Dado que a todo empleado público se le exigía moderación en las costumbres, sobriedad, religiosidad y buen concepto público, los comportamientos que contrariasen estas conductas eran susceptibles de generar la responsabilidad del funcionario (9). Estas faltas eran más graves en el caso de los jueces, ya que por estos motivos, sólo ellos podían perder el empleo y quedar inhabilitados "si fuesen convencidos de incontinencia pública, ó de embriaguez repetida, ó de inmoralidad escandalosa por cualquiera otro concepto, ó de conocida ineptitud ó de desidia habitual en el desempeño de sus funciones" (10), así como "el que solicitare o sedujere a mujer que litigase, estuviese acusada o procesada ante él". Para el resto de los empleados, aunque también estaban condicionados por estas circunstancias, la mala conducta no desencadenaba tan graves efectos (11). Bien fuera

(9) La Audiencia de Granada informaba al Consejo de Estado en 1821 sobre los jueces de primera instancia de su distrito. Según el tribunal, el juez de Villazgo de Fuentes "en algunas ocasiones que se ha presentado en el templo no se le ha observado aquella humildad, respeto y sumisión que es debido al Dios de Israel, pues aun en el acto sacrosanto de la misa no ocupando el sitio que como magistrado le correspondía, ha estado en pie, sostenido en la portezuela de algun confesionario, observando una ligera genuflexion al levantar la hostia sagrada solamente, sin duda olvidando del *Regis ad exemplum* propio de la muy sana moral", Archivo de la Chancillería de Granada, legajo 4379 expediente 28.

(10) *Decreto de las Cortes de 24 de marzo de1813*, (=RESP, I, art. 5.) El Código penal de 1822 desarrolló este motivo predicándolo de todos los empleados públicos. Vid. CP 495

(11) La "mala conducta" de los funcionarios que no fueran jueces no estaba contemplada en el decreto de responsabilidad. En el Código penal los funcionarios que incurrieran en mala conducta perderían "su empleo ú oficio, y no podrá obtener otro alguno público hasta que no haga constar su completa enmienda; sin perjuicio de las penas á que como particulares merecieran por sus excesos". CP 495. En el caso de que estos funcionarios abusasen de sus funciones "para seducir o solicitar a mujer que tenga algún negocio ante él por razón

por el mantenimiento respecto del juez de una tradición de la que no participaban otros funcionarios, o por motivos de mayor alcance (el art. 252 del texto fundamental exigía más justas causas para provocar la suspensión y separación) del juez se esperó un comportamiento y una imagen más exquisita que la requerida al resto de empleados.

Para conceptuar como motivo de responsabilidad la falta o el retraso en el cumplimiento de los mandatos de la superioridad, hay que relacionar la "puesta en planta de la Constitución" con los mecanismos de circulación de las normas, y con la posibilidad de que las autoridades encargadas de la circulación pudieran sencillamente omitir el cumplimiento, o dictar disposiciones contradictorias con el tenor de las órdenes superiores. En todo caso, para comprender los problemas que podían derivarse de la aplicación de este motivo de responsabilidad es preciso ser consciente que la Constitución no alteró el procedimiento de circulación de la normativa propio del Antiguo régimen. Dicho procedimiento no favorecía en absoluto que se produjera una lectura uniforme del contenido de los términos constitucionales por las autoridades que cumplían con las órdenes transmitidas por los superiores jerárquicos inmediatos, quienes habían podido introducir en la orden circulada otros contenidos, reforzando su cumplimiento con la conminación de la responsabilidad. El incumplimiento de los mandatos suponía causa de responsabilidad, pero no impedía que los destinatarios de estos mandatos resistiesen los que les pareciesen contradictorios con órdenes superiores o con la misma Constitución (12).

de su empleo ó cargo", sólo perderían éste y serían reprendidos, pero no inhabilitados. CP 494.

(12) El Código penal de 1822 preveía varias excepciones al castigo que merecía el funcionario que dilatase el cumplimiento de las órdenes superiores so pretexto de representar sobre ella. CP 484. "1.° cuando la orden sea contraria la Constitucion. 2.° cuando no sea comunicada con las formalidades que la ley requiera, ó haya algún motivo para dudar prudentemente de la autenticidad de la

B) *Responsabilidad particular del juez*

En el primer capítulo del decreto de 1813 y en el decimoprimero del Código penal de 1822 se tipificaban supuestos de hecho generadores de responsabilidad para jueces y magistrados; éstos tenían que ver con la peculiaridad de las funciones de los jueces en cuanto enlazaban con una práctica procesal no comunicable al resto de empleados. El juez respondía por infringir en sus fallos negligentemente la "ley expresa" o por provocar la nulidad de las actuaciones al contravenir las "leyes" que arreglaban los procesos.

> «El magistrado ó juez que por falta de instruccion ó por descuido falle contra la ley expresa, y el que por contravenir las leyes que arreglan el proceso, dé lugar á que el que haya formado se reponga por el tribunal superior competente, pagará todos las costas y perjuicios, y será suspenso de empleo y sueldo por un año. Si reincidiese, sufrirá igual pago, y será privado de empleo, é inhabilitado para volver a exercer la judicatura» (13).

Pero también es cierto que la exigencia de responsabilidad por aquel primer supuesto de hecho, no se predicaba respecto de

orden. 3.° cuando sea una resolucion del Gobierno ó de otra autoridad subalterna, obtenida evidentemente con engaño, ó evidentemente dada contra ley en perjuicio de tercero. 4.° cuando de la ejecución de la orden resulten ó se teman probablemente males, que el superior no haya podido prever". En estos casos el funcionario destinatario de las órdenes quedaba responsable de la suspensión, debiendo elevar los motivos que la justificasen. Si, aun con todo, la orden era reiterada por el superior, el destinatario debía cumplirla irremisiblemente, salvo que fuera manifiestamente contraria la Constitucion, en cuyo caso se reservaba al destinatario "el derecho a dar la queja á quien corresponda". Eran las Cortes a quienes correspondía, ya antes de que se codificase el mecanismo.

(13) RESP, I, 7.°; En el Código penal esta responsabilidad se expresaba en tres figuras delictivas: las dos implícitas en la norma de 1813 y otra añadida proveniente del decreto de 1820 sobre abreviación en las causas criminales (arts. 513-515).

los fallos de las Audiencias, unos tribunales territoriales que, por esta limitación de responsabilidad por errores *in iudicando*, resultaban supremos y no sindicables en cuanto a la interpretación doctrinal de leyes sustantivas, no así cuando el error por falta de instrucción o de descuido conducía no a la injusticia del fallo sino a la nulidad de lo actuado. Adviértase cómo la herencia gaditana de los rasgos y mecanismos que informaban la justicia del antiguo régimen hacía que entonces fueran esenciales las que hoy consideramos normas adjetivas. Se privilegiaba entonces la observancia de las normas procesales por la dificultad de controlar, y en su caso sancionar, la justicia sustantiva de las resoluciones, su acomodo a un canon normativo. La justicia era entonces recta por otros motivos. Orillada la vinculación del juez a la ley sustantiva, el escrupuloso seguimiento de una serie de formalidades procesales como era la competencia del juez, la contradicción y audiencia de parte y, con carácter general, la publicidad de todos los trámites procesales se elevaba a criterio de rectitud. Medida de la rectitud de una resolución sería también la cuantía de instancias, sentencias y votos conformes que un fallo recibiera. La observancia de las formas procesales, y fundamentalmente de aquéllas cuya infracción hacía nulo el procedimiento, suponían mucho más que garantías del justiciable frente al poder que pudiera alterar estas mínimas formas de competencia, audiencia y contradicción de parte.

> «La observancia de las formalidades que arreglan el proceso es tan esencial, que en ellas ha de estar fundado el criterio de la verdad; y en el instante en que la autoridad soberana pudiese dispensarla en lo más mínimo, no sólo se comprometería el acierto en las sentencias, sino que la desconfianza se apoderaría del ánimo de los que pusieren su vida y sus intereses en manos de los jueces y magistrados» (14).

(14) (Agustín de ARGÜELLES), *Discurso preliminar a la Constitución de 1812*, Madrid 1989, págs. 98-99.

Así pues, también en Cádiz las formas procesales no constituían mera garantía del justiciable frente a cualquier autoridad, incluso las soberanas, sino también criterio de verdad y presupuesto del acierto en los fallos. Y desde que la observancia del procedimiento pudo ser fecunda de acierto, su infracción motivaba directamente la desconfianza, pues no podía ser verdad lo que había sido decidido con infracción de algunos trámites. Si la dispensa de leyes procesales por el rey y las Cortes se prohibía con la sanción de la infracción a la Constitución, su incumplimiento cometido por cualquier juez sería de todo punto inaceptable. Pues la infracción de, según qué normas procesales, minaba el que estamos en trance de señalar como uno de los presupuestos de aquel modelo de justicia, y con ello ponía en peligro el entero edificio social. Por ello Cádiz recogería y sobredimensionaría la tradición de la responsabilidad culposa de aquéllos que, por impericia, juzgasen mal.

Ahora bien, la responsabilidad habría de tener en la experiencia constitucional doceañista un alcance mucho mayor. Ya lo apuntaban los extractos con que comenzaba este epígrafe. La dimensión de la exigencia de responsabilidad predicable de todo tipo de empleados y exigida judicialmente se ensancha cuando tomamos en consideración la cultura jurídico-política jurisdiccional en la que se desarrollaba aquella experiencia. Cuando la función de juzgar se incardinaba en coordenadas culturales donde la actividad política aún se definía y se desarrollaba como interrelación de sujetos dotados de autonomía jurisdiccional, la relación entre juzgar y ser juzgado expresaba una relación de dominación-sumisión política. Cualquier desacierto en el desempeño del oficio pudo generar responsabilidad deducible a través de un juicio y todos los empleados eran, así pues, responsables, desde el más importante de los Secretarios de Estado hasta el último secretario de cualquier Ayuntamiento constitucional. La responsabilidad por el correcto desempeño de su oficio era enjuiciable a través de una causa formal, esto es, con información sumaria, audiencia y contradicción de parte. Ahora

bien, faltando la determinación previa de los contenidos que integraban los perfiles de los oficios, como presupuesto de la tipificación de las conductas que generasen la responsabilidad del empleado, cobraron interés tanto los procedimientos que se seguían en la tramitación de estas peculiares causas, cuanto la atribución de la competencia para iniciar o conocer de estos procedimientos.

En Cádiz se trató de evitar que la potestad judicial fuera "soberana" en el ejercicio de sus competencias. En el caso del poder judiciario, o si se quiere de la magistratura, la unión de la independencia, que todos reconocían, con la irresponsabilidad hubiera convertido a jueces y magistrados en autoridades soberanas. Hubiera sido tanto como igualarlos con las Cortes Generales y Extraordinarias. O, en otros términos, si a los jueces se les quiso entonces responsables, fue precisamente porque la responsabilidad era medida del poder constituido (15).

3. *La retribución del juez gaditano: entre indemnización y salario*

Resultaría muy sesgada la aproximación a estudio de la retribución del juez gaditano que sólo la comprendiera como problema relativo a su estatuto. No es ésta la perspectiva con la que aquí se aborda. La ampliación de sedes donde residenciar las cuestiones relativas al binomio retribución-coste de un apa-

---

(15) El diputado Santafé, que se presentó como magistrado propietario, se refirió a "negocios sobre los que los tribunales ejercen su autoridad ó la soberania de su poder". Interpelado por el sentido de sus palabras, respondió que el judicial era "uno de los poderes que constituyen la soberanía; y repito lo mismo, en términos que aunque los individuos que componen los tribunales están sujetos á responsabilidad, los fallos y sentencias que dieren siempre deben tener efecto". *Diario de Sesiones de las Cortes, legislatura de 1822*, sesión de 18.4.1822, págs. 898, 900.

rato de justicia se muestra imprescindible desde el mismo momento en que las reformas intentadas para subvertir el sistema de retribuciones pueden verse como resultado de la difícil composición de los intereses de los jueces en conservar sus ingresos a toda costa, de un lado, y los del Estado para hacerse con el monopolio del aparato del justicia al mínimo coste posible sin que ello supusiera ni una merma del control sobre sus oficiales ni un motivo para que los litigantes acudiesen a otras instancias y procedimientos no formales para la resolución de sus conflictos.

Desde el punto de vista de los jueces, el salario no aparece como retribución de una función, sino como la devolución del capital que el empleado de justicia ha invertido en la adquisición de las calidades literarias que le habilitaban para el empleo. Esta visión respondía entonces a la misma concepción patrimonial del oficio jurisdiccional (aunque no hubiera sido objeto de venalidad) de la que dimos cuenta al tratar de la figura del cesante. Con los aparentemente no adictos al régimen no se puede contar pero hay que indemnizarles cuando su cese no es la consecuencia de un procedimiento formal, de un juicio. La necesidad de atender a los cesantes en sus sueldos supuso, en consecuencia, un límite a la libertad del Gobierno para el nombramiento de jueces y una carga no pequeña para un maltrecho Erario que debía acometer la financiación del monopolio de la jurisdicción por parte del Estado.

Y desde el punto de vista que se acaba de insinuar no puede dejar de advertirse una tensión entre las previsiones constitucionales y la coyuntura del periodo 1812-1823. Las medidas adoptadas por la Junta Central, el Consejo de Gobierno y las Cortes no contribuyeron a mejorar la situación de la judicatura y magistratura. Muy al contrario, la fijación de sueldos máximos o de descuentos sobre el salario percibido por estos empleados hizo si cabe más precaria la situación de los que cobraban tarde y mal sus honorarios. Esta situación agónica podía además resultar enojante si se tiene en cuenta que otros empleados, bien

porque percibieran derechos, bien porque tenían a su disposición caudales públicos, hallaban donde completar, en el primer caso, o cobrarse, en el segundo, sus dotaciones.

La suficiente dotación se había comprendido como presupuesto de la responsabilidad de los jueces, pero mientras en la Constitución *de presente* se quería hacer responsable al juez, ya por la falta de observancia de las leyes procesales, ya por delitos cometidos en el ejercicio de su cargo, ya por la infracción de Constitución, sólo *de futuro* se preveía el señalamiento de una dotación competente (256 CPM). Y, en consecuencia, no pudiendo cimentar la pureza en la administración de justicia sobre la retribución, se cimentó sobre las cualidades y el sacrificio de los jueces.

La distancia entre modelo constitucional y realidad a constituir obligaba a las Constituyentes a renunciar a la generalización inmediata de la justicia letrada por las dificultades en el *arreglo de los partidos*, pero también por la incapacidad de asumir el Erario las dotaciones de los jueces letrados en tierras de señorío, y el temor de gravar los fondos de Propios de estos pueblos con esta carga. El problema presupuestario de las dotaciones de los jueces letrados determinaba pues, junto a otros factores, como puede ser el concepto en el público de unos alcaldes constitucionales electos, la cualidad letrada o lega de la justicia en los pueblos que fueron de señorío.

En cuanto a los *derechos sujetos a arancel por tramitación de los procedimientos*, que representaban una buena parte de las dotaciones de los jueces y curiales, la distancia entre modelo y realidad se manifestaba cuando, por un lado, se procuraba economizar el coste de la litigación forzando el intento de conciliación en pleitos civiles y, por otro lado, aquel coste se disparaba con medidas como la prohibición de utilización de papel común en todo tipo de instrumentos públicos, sin que, en último caso, se pudiese sustituir la fuente de ingresos que representaba el papel sellado por el pago de dotaciones a cargo del Erario.

III. La organización judicial doceañista

Para dar cuenta de la parte más "orgánica" de esta justicia en transición parece oportuno recordar uno de los presupuestos por los que comenzaba este trabajo: no había una entonces Administración, pero sí unos tribunales, sí unos jueces. Sí había aparato de justicia aunque el sistema fuera más plural de lo que normalmente viene percibiéndose. Entre magistrados y jueces había mucha distancia. Había diferencias que no sólo tenían que ver con la calidad personal de unos y otros, o con el sistema de retribuciones, sino con que tampoco era la misma la justicia impartida. Los tribunales podían considerarse Cortes porque no sólo es que su justicia fuera la del rey, sino que eran el rey mismo, por ello ya era toda una innovación, quizás la más grande, la de someter a responsabilidad a sus integrantes.

Junto a esta distinción en la inercia institucional sobre la justicia ordinaria en las vísperas del advenimiento constitucional, hay que hacer otra fundamental, que suele pasar inadvertida. Y es que la justicia más numerosa no era precisamente la de tribunales y jueces de real nombramiento, sino otra que era administrada por los que etimológicamente eran verdaderos jueces, los alcaldes ordinarios o, en general, "los justicias". Podemos señalar entonces una inercia institucional marcada por la diversidad de modelos de justicia. Un primer modelo es el que representa la justicia oficial y letrada de jueces y tribunales, el segundo modelo es el de la justicia impartida por alcaldes constitucionales, jurados y árbitros.

1. El Supremo Tribunal de Justicia como centro y cúspide de la autoridad judicial

Para dar cuenta de la organización de los tribunales doceañistas puede comenzarse por su cúspide hablando del Supremo.

En el diseño constitucional los dos problemas de mayor entidad que entrañaba el establecimiento de un Supremo Tribunal de justicia eran, en primer lugar, el de la transición desde una estructura polisinodial casi intacta en las vísperas constitucionales y, en segundo lugar, y casi como consecuencia de lo primero, el del desglose de sus competencias respecto de las atribuidas al nuevo Consejo de Estado. El Tribunal Supremo se definió entonces como centro y cúspide de la autoridad judicial. El obstáculo más poderoso para la calificación desde hoy de este órgano no fue el incendio que terminó con sus más antiguos fondos, sino el de una historiografía empeñada en buscar paralelismos con la Corte de Casación francesa revolucionaria. Paralelismos puede haberlos, pero adaptados a la peculiar experiencia jurídica española: la casación y el *référé* pueden significar en el nomofiláctico constitucionalismo francés, lo que el recurso de nulidad y la consulta significaron en el jurisdiccionalista constitucionalismo español. Creo que se puede convenir con esta comparación cuando se toma en consideración que si el proyecto constitucional trató de realizarse en Francia mediante el central instrumento de la ley, en España fue una tradicional justicia a quien se encomendó esta labor. A través de la nulidad se controlaba la recta administración de justicia, identificada con el exacto cumplimiento de los trámites procesales, y a través de la consulta se resolvían sobre la marcha los problemas fundamentales de articulación de las instancias judiciales en un escenario de justicia plural. No hemos de minusvalorar el valor constitucional de estos instrumentos. En un contexto en el que todavía la relación entre juzgar y ser juzgado era expresiva de una relación de poder, el Tribunal Supremo era el que determinaba en última instancia las competencias para juzgar. El Tribunal Supremo fue diseñado para salvaguardar una de las claves del funcionamiento de la justicia: el mantenimiento de la confianza del justiciable. Esta confianza se generaba por la apariencia de no haberse infringido trámites que hicieran nulo el proceso. Las leyes que arreglaban

el proceso fueron no sólo las contenidas en un legado normativo y práctico que era preconstitucional e indispensable, hasta realizada la codificación, sino también las garantías contenidas en el Título V del texto constitucional. Como uno de los vicios que anulaba los procedimientos fue la falta de competencia del juez, aparejar a este defecto la responsabilidad, y predicarla de todos los jueces, convirtiendo además al Tribunal Supremo en árbitro de los conflictos que por competencias se suscitasen, suponía un apoderamiento mayúsculo para la definición jurisdiccional de los derechos.

2. *Las Audiencias. De regios tribunales a tribunales superiores territoriales*

La calificación que he formulado sobre el Tribunal Supremo obliga inmediatamente a realizar otra sobre las Audiencias Nacionales salidas de los textos gaditanos. Aquí los problemas iniciales consisten en la relación de estos tribunales con los provenientes del Antiguo régimen. Existen algunas razones que avalan la novedad de estos tribunales. En primer lugar, la inflexión provocada por la guerra de independencia vació de competencias "gubernativas" el elenco de sus facultades. En segundo lugar, la responsabilidad, vía nulidad a la que quedaron sometidos, hizo que de cortes que expresaban la misma justicia del rey pasaran a meras instancias de justicia territorial. Ahora bien, si consideramos que el arma del recurso de nulidad se concedió en el transcurso de la experiencia constitucional gaditana también a estos cuerpos jurisdiccionales, que además desarrollaron importantes facultades en la resolución de los que hoy denominaríamos conflictos de competencia y de jurisdicción y, sobre todo, que se les confió la interpretación material de la ley podremos calificarlas en el experimento gaditano sin duda como tribunales supremos territoriales. Esta última afirmación puede tener un alcance más significativo cuando se recuerda el carácter

bicontinental de la Nación española. En ultramar los tribunales superiores dejaron de estar vinculados al centro común representado por el Tribunal Supremo pues, atendidas las circunstancias, el recurso de nulidad contra las decisiones de una Audiencia ultramarina había de llevarse a la más próxima. Pero ésta no fue la única excepción que la situación americana imponía en el diseño de una nueva planta, o en la conservación de la vieja planta de tribunales de la Monarquía. Contra las terminantes previsiones constitucionales que establecían no hacer novedad en el número de audiencias hasta la división del territorio de las Españas, las Cortes no dudaron en arbitrar un procedimiento para la erección de nuevos Tribunales a instancia de representaciones que provenían de la España ultramarina, negando esta posibilidad para similares peticiones originadas en territorio peninsular. No era ya mero "arreglo" de tribunales el que procuraba el constitucionalismo gaditano. El caso americano ponía de manifiesto, en definitiva, que la forma, el régimen, el número o la sede de las viejas cortes de justicia quedaban a la decisión de unas Cortes quienes acaso sólo por el prurito de tranquilizar a los magistrados que las servían, se resistían a reconocer los cambios operados que se repetirán en 1834.

Pero calificación de las Audiencias como "tribunales supremos territoriales" en el primer constitucionalismo se asienta, al margen del peculiar caso americano, sobre los criterios que se utilizaron por el constituyente para su "arreglo". Estos criterios obedecieron, de un lado, a la persistencia de un determinado modelo de justicia que otros ya han avanzado en esta obra y, de otro, a una primera cultura constitucional de garantía del justiciable pero también de extensión de una justicia oficial y estatal.

En cuanto a los criterios deducidos del modelo de justicia presente en las vísperas de la experiencia constitucional, hemos de jugar aquí con el principio rector de la generación en el justiciable de la confianza en la "pronta y recta administración de justicia". Como proyección del modelo de justicia del Antiguo

régimen que extiende su onda expansiva a tiempos constitucionales, no importando externamente los motivos de las resoluciones, la justicia siguió concibiéndose como una cuestión de número. En el número de instancias, de sentencias, de votos, y en la conformidad de todos ellos, el primer constitucionalismo siguió encontrando un criterio de rectitud que pudo concitar el apaciguamiento del litigante. Como corolario de esta aritmética judicial y de la fundamental imagen de imparcialidad que debía generar cualquier juez, se dedujo la condición –elevada al texto constitucional– de que hubieran de ser distintos los jueces que intervinieran en cada una de las instancias. Sin embargo, si estos criterios operaron para asegurar la imagen de una justicia recta en su traducción orgánica debieron ser conciliados con otro criterio de generación de la confianza del justiciable, cual era la prontitud en la obtención de la resolución, de manera que fue preciso poner algún límite al número de instancias o de sentencias que bastaron para causar ejecutoria.

Sin embargo, el arreglo de la planta constitucional de los tribunales no fue problemático por la aplicación de estos criterios, sino por la puesta en práctica de otros presupuestos constitucionales que alteraron la trama judicial preconstitucional. Estos presupuestos fueron la igualación de todas las Audiencias en facultades y la extinción de los llamados casos de Corte. Esto es, la abolición de los supuestos en los que los tribunales territoriales conocían en primera instancia. Estos casos pueden ser confiados desde entonces a los jueces de primera instancia de los que se tratará inmediatamente, precisamente porque aunque unipersonal, el que juzga es responsable porque, más que letrado, es empleado público.

3. *Alcaldes, juzgados y jurados. Justicia oficial y justicia ciudadana*

Para el constituyente el modelo letrado de justicia no se presentaba como el ideal al que aspiraron los hombres de 1810. Antes

al contrario, el condicionamiento cultural que obligaba a los jueces a granjearse la confianza de los justiciables llevó a los hombres de Cádiz a imaginar como ideal de justicia, al menos en la primera instancia, una justicia de iguales o, al menos, una justicia electa: la representada por jurados, alcaldes y árbitros. La comprensión de la justicia de alcaldes como inercia –pero también como utopía constitucional que identificaba justicia con elección, o mejor dicho, con confianza– sirve para explicar unas claras infracciones al dogma de la separación de poderes con el que el constituyente se comprometió desde un primer momento. No se suele entender –sino como quiebra de este dogma– que los alcaldes desempeñasen funciones judiciales junto a las que se calificaron como pertenecientes al gobierno económico y político de los pueblos. Se critica que en la Constitución se atribuyesen funciones contenciosas a los alcaldes constitucionales mientras que nadie discute el hecho de que los jueces de primera instancia no ejercieran otras funciones que las judiciales. Cierto es que los alcaldes constitucionales desarrollaron funciones contenciosas, pero como lo habían hecho los alcaldes ordinarios en las vísperas del advenimiento constitucional. Después de lo que se ha anticipado en esta obra, más perplejidad desde un punto de vista histórico debería merecer el juez de primera instancia –que sólo juzga– que el alcalde constitucional –que además gobierna–. En este punto, la novedad –posible– del modelo de justicia del primer constitucionalismo español residió en el diseño y generalización de unos jueces de primera instancia que, distribuidos en nuevos partidos judiciales, tuvieron como objeto la asunción exclusiva de la solución de una conflictividad que antes pudo ser administrada por los que etimológicamente eran desde antiguo jueces ordinarios.

Ahora bien, la ciudadana justicia de alcaldes no era sólo utopía constitucional ni efectiva inercia histórica. En el momento constituyente la jurisdicción en manos de alcaldes y cabildos devino en la Península instrumento para el desalojo de la jurisdicción señorial y en América el depósito necesario de una soberanía que inminentemente dejaría de ser española. En lo primero

por el Decreto de 6 de agosto de 1811 la Nación recuperaba sus derechos mediante la reincorporación de la jurisdicción señorial que quedaba al cuidado de los alcaldes todavía ordinarios. La aprobación en 1812 del texto Constitución y su puesta en planta no varió esta situación. Se prefirió justicia de alcaldes antes de establecimiento interino de jueces comisarios. Hoy parece olvidarse que la norma gaditana en materia judicial que viene a citarse como Reglamento de Audiencias y juzgados de 9 de octubre de 1812 incluía una tercera sección referida a alcaldes constitucionales. Incluso, pues, en la legislación de desarrollo se reconocía más que se habilitaba al alcalde como juez.

En lo segundo, ya ha dejado Portillo señalado en capítulo precedente cómo la crisis constitucional de 1808 convirtió a los cabildos americanos en depositarios de soberanía, que ahora sabemos identificada con jurisdicción. Pues, como muy acertadamente se está viendo hoy, la asunción y extensión de competencia jurisdiccional por parte de las instituciones locales en aquella España ultramarina no era un instrumento para la proyección y ensanchamiento de una identidad nacional a partir de un espacio político disgregado por la crisis de independencia, sino la marca de esa misma soberanía. Ésa es al menos la lectura que, del art. 275 de la constitución y del tercer capítulo del Reglamento de 9 de octubre de 1812, se pudo hacer en los cabildos americanos.

La lectura podía ser similar en algunos territorios de la España peninsular, en municipios armados no sólo de justicia sino también de discurso político autónomo. Quizás también por ello no se economizaron esfuerzos a partir del mismo año 1812 para negar la condición de juez ordinario del alcalde. Esta operación se llevó a cabo en diversos frentes relacionados con la calificación del oficio judicial y municipal y significó la negación de una tradición constitucionalizada o del tímido reconocimiento que esta tradición mereció al legislador constituyente. Para lo primero bastó el arsenal proporcionado por la Constitución y por la legislación que de ella se desprendió, para lo segundo, además

se recurrió a la interpretación de su "espíritu", a la voluntad del legislador, o a la reconstrucción de la intención de las comisiones de las Cortes Generales y Extraordinarias.

Ahora bien, fue difícil de llevar a la práctica esta operación por las resistencias que concitó sobre todo en el Trienio, cuando los enfrentamientos entre interpretaciones sobre el alcance de las facultades de los alcaldes llegaron más lejos del salón de las Cortes y de los votos particulares de diputados, como Romero Alpuente, fieles a un planteamiento constituyente más favorable al reconocimiento de funciones contenciosas a los alcaldes. Proliferó entonces una conflictividad entre autoridades que se resolvió en dudas y consultas sobre las competencias de unas y otras, y en mutuas reclamaciones de infracciones a la Constitución. Infracciones, competencias, consultas y confusiones que tuvieron su origen en esta operación de generación de una exclusividad judicial con abandono o estrechamiento hasta donde fuera posible de las funciones contenciosas ordinarias de los alcaldes. Pero este proceso estuvo además sometido al juicio de todos los destinatarios de la Constitución que se quejaron de las extralimitaciones de los jueces letrados y de las de los alcaldes constitucionales.

En los años de vigencia del sistema constitucional se establecieron comparaciones entre los nuevos alcaldes constitucionales y los antiguos mayores, ordinarios y pedáneos. Se pretendió incluso enlazar la tradición preconstitucional, normativa y práctica de los segundos con la configuración constitucional y legal de los primeros. En el cotejo que se pudo establecer en 1821 ya se confesaron las transformaciones. Para empezar, el alcalde perdía su etimología de Juez. Comparado el alcalde constitucional con los antiguos en lo contencioso, pudo parecer más heredero del pedáneo que del ordinario. O al menos de los ordinarios que hasta entonces se conocían. Unos alcaldes ordinarios distintos eran los constitucionales "por tener más limitadas sus facultades en los negocios o causas contenciosas". La Constitución y la ley habían generado una nueva clase de alcal-

des clausurando las anteriores y abriendo problemas derivados de la concurrencia del alcalde constitucional con el juez de primera instancia.

El orden de las naturalezas que integraron el oficio de alcalde no fue irrelevante: demediado como juez, se destacaba ya la extensión de sus facultades económico-gubernativas.

> La Constitución y la ley ordenaron la alcaldía como "tribunal o cargo público honorífico establecido para que el que lo obtenga ejerza tres oficios o potestades, a saber: primera, la ecónomica; segunda la judicial, y tercera, la conciliatoria o de Conciliador" (16).

Como se puso de manifiesto respecto de los juicios de conciliación, pero también respecto de las facultades que tuvieron atribuidas en la instrucción de juicios escritos, de oficio o a instancia de parte, el alcalde contó con una ventaja sobre el juez letrado de primera instancia. Esta ventaja estuvo vinculada no con la tradición de sus facultades de justicia sino con la extensión de su competencias gubernativas o económicas: por razones de urgencia pero también aludiendo a la figura del alcalde como "padre del pueblo", éste podría realizar primeras diligencias contra sujetos aforados. No se trató, en este último caso, de la usurpación de una jurisdicción privativa por la ordinaria, porque el fundamento de la intervención fue el carácter policial o económico de que estaba investido el alcalde, o la naturaleza del negocio que tocaba directa o indirectamente al buen régimen, gobierno si se quiere, de los pueblos.

El carácter instrumental de la jurisdicción reconocida a los alcaldes constitucionales para la construcción de un monopolio jurisdiccional frente a la justicia señorial incorporada a la Nación en 1811, se completó con la definición de la naturaleza

(16) *Proyecto de Código civil que presenta la comisión especial de las Cortes nombrada en 22 de agosto de 1820,* Madrid 1821, pág. 265.

del alcalde como conciliador, que servía a la consecución de ese mismo monopolio, pues a través de la conciliación se recortaron los efectos del reconocimiento de jurisdicciones privilegiadas. Pues, como opinaba el fiscal del Tribunal Supremo en 1820, el reconocimiento de los alcaldes como conciliadores, incluso de militares y eclesiásticos, no suponía infracción o desconocimiento del art. 249 y 250 de la Constitución, desde el momento en que se negaba que la conciliación fuera un juicio. "La conciliación es llamada con impropiedad juicio, aunque se exerza y celebre á la manera de juicio, oyendo á una y otra parte: es más bien un medio de evitar los juicios, como que quando las partes se conforman amigablemente no tienen necesidad de acudir á los Jueces". No había lugar a la queja de los que gozaban fuero consistente en ser demandados en conciliación ante el alcalde constitucional, pues no siendo la conciliación "un acto de jurisdicción, y sólo una medida de policía para evitar y cortar los negocios que pudieran hacerse litigiosos" no había quebranto de privilegio jurisdiccional alguno.

En la preferencia sobrevenida por la justicia profesional frente a la de los alcaldes medió otra circunstancia que puede considerarse decisiva. El juez de primera instancia, aunque fuera interino, tuvo asegurada su responsabilidad en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, no así los alcaldes constitucionales. Estos pudieron responder en lo gubernativo frente al jefe político pero en manera alguna en lo judicial.

Precisamente este argumento apareció en la discusión sobre la sustitución de los jueces de primera instancia por alcaldes constitucionales auxiliados de asesor letrado: "es preciso conocer que las leyes han querido que se exija responsabilidad a todo funcionario público, y que un alcalde constitucional no puede llevar sobre sí esta responsabilidad, porque no tiene pacto ninguno con la Nacion en razon de la aplicacion de las leyes y forma de enjuiciar. Tampoco se puede exigir con el mismo rigor respecto de los asesores, porque no se presentan estos voluntariamente á ejercer estas funciones, sino porque requeridos por

los alcaldes constitucionales tienen que ser asesores, no porque hayan querido este destino." (17).

Desde la perspectiva de una responsabilidad común esta distinción era irrelevante para un justiciable que pudiera ver reparados los daños causados por la resolución dictada con injusticia notoria o infracción de las normas que arreglaban el proceso exigiendo su satisfacción a los asesores letrados. Pero si la lógica era la del fin disciplinar de la responsabilidad judicial, no fue indiferente que el alcalde quedara exento completamente de responsabilidad en estas materias. No bastó en el desarrollo de la experiencia constitucional con un modelo de justicia esencialmente representativa que obedeciera a lógica distinta a la letrada-profesional. No bastó, en suma, la responsabilidad que se hacía efectiva en el sufragio por el carácter electivo de estos empleos. Los alcaldes se consideraron en pie de igualdad con los jueces de primera instancia pero esta equiparación si sirvió para algo fue para poder predicar de los munícipes el mismo régimen de responsabilidad en el desarrollo de las funciones contenciosas que establecía el Reglamento de Audiencias y Juzgados. De esta manera se selló con impronta estatalista el "pacto" que el alcalde tenía con la Nación que le investía como juez. Este pacto valió más que la confianza que en este improvisado juez depositaron sus electores.

En parecido sentido, otra manifestación de un modelo de justicia ciudadana, la de jurados fracasó, aparte de por las dudas a introducir un elemento representativo en la justicia y por las resistencias de los letrados, por la imposibilidad de extender a estos jueces de hecho los mecanismos o claves a través de las cuales se estaba procediendo a levantar el edificio judicial: la selección, la responsabilidad y, por qué no decirlo también, la retribución de los jueces de hecho. No hay que

(17) *Diario de sesiones de las Cortes,, legislatura de 1822*, sesión de 13.5.1822, pág. 1333.

olvidar que la experiencia constitucional se desarrolló inmersa en una cultura donde la justicia dependía de las calidades, no de los aparatos; de las personas, no de los sistemas. En un modelo constitucional y de justicia trabado por la responsabilidad de los empleados y autoridades, la introducción de una autoridad judicial eminentemente irresponsable por sus decisiones devenía un cuerpo extraño. El jurado se concibió en el primer constitucionalismo español como institución procesal en lo penal, frustrándose, sin embargo, los intentos de asimilarlo al juez letrado en cuanto al régimen de responsabilidad. Todos estos datos podrían llevarnos a sentar la conclusión de la devaluación constitucional de este primer jurado español si tomamos el prototipo de jurado británico como ejemplo. Esta devaluación se explica porque la institución, al ser trasplantada, se enjuició con los mismos criterios de legitimidad que el resto del aparato de justicia. Importaron las calidades de sus integrantes, el modo de selección y el procedimiento que había de seguir en la calificación de las conductas. Aunque aparentemente pudiera parecer otra cosa, no fue la ley de las Cortes lo que deprimió el valor constitucional que el jurado pudo llegar a alcanzar, sino la imposibilidad de concebirlo como autoridad soberana, esto es, irresponsable.

IV. Conclusión. Cultura jurisdiccional y orden constitucional. El experimento judicial doceañista

En estas páginas se ha tratado de invertir el orden como suelen abordarse el estudio de la justicia del primer constitucionalismo español. En sede de conclusión encuentro todavía útil seguir invirtiendo este orden en el sentido de no tratar, como se suele, de calificar una organización judicial a partir de la deducción de los que se presumen como rasgos de un determinado constitucionalismo elevado a mito, sino de inferir esta última cultura constitucional a partir del examen de su realidad

judicial. En los capítulos precedentes de esta obra pero también en el presente se ha incidido en el hecho de que Juzgar entonces significaba gestionar el poder político y que juzgar haciendo efectiva la responsabilidad de los empleados públicos por el desempeño de sus funciones se convertía en clave arquitectónica del constitucionalismo gaditano. A partir de aquí se puede construir una jerarquía que en último extremo termina en las Cortes. El Congreso es soberano en cuanto que es irresponsable. Y no cabe imaginar un control de constitucionalidad de la actuación de las Cortes, porque no hay juez que las juzgue. Hemos comenzado hablando de justicia ordinaria y terminamos haciéndolo de justicia constitucional. Ahora bien, todos estos datos y además la admisión de una justicia extravagante, la militar, de comercio y la eclesiástica, por distinta a la justicia ordinaria invita a una reflexión: la persistencia de un paradigma jurisdiccional que aún preside y explica la articulación y actuación de los poderes en el constitucionalismo gaditano. De un paradigma que nos sirve para calificar un modelo de constitucionalismo y poner en duda su carácter legal. De un paradigma persistente por expresivo de una cultura jurídica, y de una sociedad que puede todavía encontrar en el privilegio jurisdiccional, una garantía de autonomía política.

Orientación bibliográfica

En este capítulo se traen a colación los resultados de una investigación monográfica (MARTÍNEZ 1999). El lector interesado en ir más lejos en este tema o en localizar otras referencias bibliográficas anteriores puede acudir a este trabajo. En el mismo, sin embargo, el autor se limitó a predicar sus conclusiones de un escenario peninsular. Pero como se ha recordado en el texto, una historia de la justicia, y aún del entero constitucionalismo gaditano no puede dejar de comprender la dimensión bicontinental que, por entonces, tenía la nación española (CLA-

VERO 2000a) (LORENTE 2004), (PORTILLO, 2005), (MARTÍNEZ en prensa). Tras la publicación de aquella primera monografía se ha desarrollado el argumento de la existencia de un paradigma jurisdiccional como clave para la interpretación del constitucionalismo gaditano con el que concluía aquella primera investigación (MARTÍNEZ 2002a) (MARTÍNEZ 2002b) (MARTÍNEZ 2006). En esta labor se comparten presupuestos y empeño historiográfico con otros colegas (CLAVERO, 2000b), (LORENTE 2003) (LORENTE 2004b), (LORENTE, 2006), (GARRIGA 2006) también participantes en esta obra, quienes asimismo han venido destacando el elemento jurisdiccional como calificativo de la cultura constitucional doceañista, siendo éste el argumento que da título a la próxima reunión y reedición de algunos trabajos conjuntos e individuales de estos dos últimos autores (GARRIGA/LORENTE, en prensa).

CAPÍTULO 6

LAS REGLAS DE JUEGO: HERENCIA PROCESAL Y CONSTITUCIONALISMO

M.ª Paz Alonso Romero
Profesora Titular de Historia del Derecho
y de las Instituciones.
Universidad de Salamanca

LAS REGLAS DE JUEGO: HERENCIA PROCESAL Y CONSTITUCIONALISMO

I. HACIA EL SANEAMIENTO DE UN MODELO HISTÓRICO: EL PROCESO DEL *IUS COMMUNE*

En materia de juicios, el arranque de la historia constitucional en España se orientó al arreglo de lo existente. Con ese propósito, la respuesta de nuestro primer constitucionalismo a los problemas procesales siguió la línea reformista que había caracterizado la política emprendida en los últimos decenios

del siglo XVIII. A ilustrados y liberales les unió una misma actitud crítica en relación con aquéllos, un mismo diagnóstico y una misma terapia. Unos y otros centraron preferentemente su atención en el ámbito de la justicia penal y llevaron a él su especial preocupación por males crónicos del proceso vigente, como la lentitud o la complejidad, y su abierto rechazo a los atentados contra los derechos, la libertad y la dignidad humanas que, día a día, veían reproducidos en cárceles, juzgados y tribunales. Unos y otros situaron la raíz de la enfermedad en una mala práctica de la que responsabilizaron principalmente a los jueces, y todos ellos aportaron como solución para su saneamiento la estricta observancia de las leyes reguladoras del orden procesal, desde el entendimiento de que el correcto desarrollo del proceso era la mejor garantía para la justicia de la sentencia.

De ese presupuesto partía el *Discurso preliminar* de la Constitución de Cádiz:

> «La observancia de las formalidades que arreglan el proceso es tan esencial, que en ellas ha de estar fundado el criterio de la verdad, y en el instante en que la autoridad soberana pudiese dispensarla en lo más mínimo, no sólo se comprometeria el acierto en las sentencias, sino que la desconfianza se apoderaria del ánimo de los que pusiesen su vida y sus intereses en manos de los jueces ó magistrados.» (1)

Y sobre ese mismo presupuesto descansaba el modelo procesal histórico que tanto liberales como ilustrados quisieron preservar.

---

(1) Págs. 62-63, en el curso de la argumentación a favor del principio de independencia judicial. (*Constitución política de la Monarquía española promulgada en Cádiz a 19 de marzo de 1812*, Sevilla, Ayuntamiento de Cádiz/ Universidad de Cádiz/Casino Gaditano/Fundación El Monte, 2000).

1. *Presupuestos, objetivos y fuentes. Una justicia de entendidos*

Tal modelo había sido acuñado en la cultura europea del *ius commune* y obedecía a una idea de justicia letrada, caracterizada como tal no porque los jueces siempre tuviesen dicha condición, sino porque actuaba conforme a unos modos tecnificados, desarrollados a partir de la Baja Edad Media como producto de la elaboración erudita de juristas de formación universitaria. Poseedores de unos saberes específicos, y al servicio de una idea de justicia concebida como un *ius suum cuique tribuere*, sus artífices persiguieron con su obra el diseño de un proceso justo, lo cual tradujeron por aquel tipo de proceso que permitiera ofrecer el cauce más adecuado para el debate jurídico y la alegación y defensa de todo lo que resultara relevante a efectos de esa atribución de lo suyo a cada uno en el mundo de diversidad jurídica y desigualdades en que les tocó vivir.

En esa tarea no trabajaron en el vacío. Con los materiales históricos y coetáneos que proporcionaban el Derecho romano contenido en la compilación de Justiniano y el Derecho canónico de su tiempo, la reflexión sobre el proceso se hizo desde una determinada cultura religiosa, la católica, que impuso también aquí sus condiciones. De su pesimista antropología y su desconfianza hacia los hombres (naturalmente inclinados al pecado y débiles ante las infinitas tentaciones de la vida) se derivó la prevención frente a los jueces que inspiró toda la búsqueda, y de su particular orden trascendental de origen divino y reflejado en la Biblia, determinados principios y actuaciones necesarios e indisponibles en cualquier juicio humano.

Estos ingredientes estuvieron siempre presentes en la elaboración doctrinal sobre el proceso durante los siglos bajomedievales y modernos, y con ellos se compuso asimismo el principal cuerpo normativo en nuestra historia procesal a lo largo de ese período: las Partidas de Alfonso X el Sabio. Pese a ser un texto elaborado a mediados del siglo XIII, en él se encontraba buena

parte de las leyes reguladoras del proceso cuya cabal observancia constituyó la consigna de ilustrados y liberales para el arreglo de los juicios. Porque leyes, lo que se dice leyes, no hubo demasiadas en esa historia de seis siglos que tenía tras de sí la Constitución de Cádiz. Estaban éstas, las de Partidas, y un puñado de disposiciones regias de Alfonso XI, los Trastámara y los Reyes Católicos, que fueron coleccionándose en las diferentes recopilaciones de Castilla hasta llegar a la última, aparecida en 1805 como *Novísima recopilación de las leyes de España*, donde otras procedentes de los Borbones completaban el marco legal de unos juicios a esas alturas ya bastante uniformados en el territorio español sobre la base del modelo histórico castellano. Pocas más. La mayoría de ellas, provocadas por el deseo de agilizar la justicia y poner fin a lo que desde muy pronto se desveló como el peor de los efectos indeseados de ese tipo de juicios, su lentitud, un empeño que condujo a dar mayor precisión a la regulación alfonsina en materia de términos procesales y a limitar la presentación de escritos y el número de instancias. Pero sin que en ninguna, ni siquiera en las de Partidas, se encontrara una descripción puntual y acabada del proceso, pues en todas estaba por detrás la doctrina, auténtica constructora de aquel orden de juzgar.

Se trataba por eso de un orden difícilmente reductible a ley, no sólo por ese importante componente jurisprudencial que le acompañaba, sino también por el protagonismo que llegó a adquirir el estilo judicial en su desarrollo, lo cual siempre había hecho necesaria la utilización de obras de ayuda para los profesionales del foro, donde todos esos elementos aparecían combinados. Las prácticas procesales (género de literatura jurídica de especial proliferación en los siglos modernos) constituían para muchos la auténtica guía de su trabajo. Libros como la *Praxis ecclesiastica et saecularis cum actionum formulis et actis processum* de Suárez de Paz (1583) o la más ambiciosa *Política para corregidores y señores de vasallos* de Castillo de Bovadilla (1597), la *Curia Filípica* de Hevia Bolaños (1603), la célebre *Librería de escrivanos* de Febrero (1769-1786) o la *Práctica universal forense de los tribunales de España y de las Indias* de Elizondo (1780), reeditados todos una y otra vez, no solían faltar en las estanterías de abogados y jueces, y sus ejemplares podían encontrarse en los más remotos lugares. Aunque tampoco las instrucciones que en ellos se ofrecían permitían reconstruir un marco de referencia claro, completo y uniforme en su exposición, lo cual siempre actuó de permanente estímulo para obras posteriores, que solían justificar su propia conveniencia en una necesidad insatisfecha.

Por otra parte, no eran pocas las cuestiones que, bien por disposición de la ley, bien por silencio normativo o recomendación de la doctrina, quedaban al arbitrio de los jueces. En un orden de derecho plural, en un orden de jurisdicciones plural, en un orden de estados plural como aquél, donde con frecuencia se admitía una múltiple variedad de soluciones, y reglas y excepciones componían de modo complementario el derecho válido, el arbitrio judicial era instrumento necesario tanto a la hora de proceder como a la hora de juzgar. Hay que huir, sin embargo, de la automática equiparación a la arbitrariedad con que se contempló por el ojo crítico de la Ilustración, pues, lejos de aquélla, el arbitrio se concebía igualmente como un arbitrio letrado, al que alcanzaban los mismos condicionantes del modelo procesal y en torno al cual se desarrolló una sólida elaboración doctrinal que lo sometía a límites, exigía causas y señalaba reglas para su ejercicio, con la intención de apartar de él toda idea de despotismo. Al invocarlo se apelaba a la prudencia del jurista profesional, no a la libre voluntad del hombre.

No obstante, estos elementos doctrinales y prácticos fueron deliberadamente soslayados tanto por los reformistas del XVIII como por los gaditanos a la hora de abogar por la corrección procesal como premisa de una buena justicia. Les movía un afán también compartido de ofrecer análisis y soluciones comprensibles para todos, y la fórmula de sujeción del juez al marco legal del proceso sin duda lo era; resultaba fácil apreciar su significa-

do y ver en ella una garantía frente al abuso, máxime en momentos en que el principio de legalidad aparecía a los ojos de los reformistas como la gran panacea. Se confiaba en la fuerza de las palabras, de la palabra ley pronunciada bien alto como guía estricta de conducta para los jueces, agentes de la ley, aplicadores de la ley, sometidos a la ley, obligados a circular por los cauces legales. Tales eran las consignas. Desde esta perspectiva, se comprende también que la palabra arbitrio se leyera indefectiblemente como sinónimo de arbitrariedad, y que la lucha por su desaparición formara parte del programa. Eran los jueces los que no infundían confianza.

La comprensión no había estado, sin embargo, entre las preocupaciones que alumbraron este modelo procesal. A quienes lo elaboraron no les inquietó la aceptación popular de su trabajo. Movidos por otros resortes, no apuntaron al proceso sencillo y preciso que todos hubieran podido entender, sino que buscaron, como se ha dicho, el proceso más justo para aquel escenario jurídico y aquella idea de justicia, actuando como juristas y para juristas. El resultado se tradujo en un orden muy alejado de la sencillez (precisamente por las oportunidades que daba para la articulación del debate), donde cada uno de los actos que lo componían tenía un sentido específico, y que marcaba un camino a la justicia desarrollado por escrito y jalonado de requisitos de forma y contenido, cuyo dominio sólo estaba al alcance de los iniciados. Como todos debían transitar por él, los jueces no letrados (muchos aún a finales del Antiguo Régimen, con el llamativo testimonio de Galicia, territorio de fuerte presencia señorial donde, a las alturas de 1775, en sus 833 jurisdicciones sólo había 6 corregidores regios y unos 20 jueces letrados) (2) procedían asesorados de consejeros, papel que generalmente desempeñaban abogados del entorno. Únicamente en los litigios

(2) HERBELLA PUGA, B., *Derecho práctico y estilos de la Real Audiencia de Galicia*, 2.ª ed. (1.ª en 1786), Santiago, Imp. Compañél, 1844 –facs. La Coruña, Ilustre Colegio Provincial de Abogados, 1975–, pág. 228.

de escasa entidad económica se admitía un juicio oral, inmediato y libre de formalismos, sustanciado en instancia única y con prohibición de escritos y alegaciones de abogados, del que no quedaba más constancia documental que el fallo escueto.

2. *Las garantías en el proceso histórico*

No podía considerarse, pues, un proceso sencillo ni asequible al hombre de la calle. El rastro de críticas y burlas que fue dejando en las obras literarias ya desde sus mismos orígenes pone claramente de manifiesto que los profanos lo sentían como algo ajeno. Enseguida se manifestó también como lento y caro, reacio a los remedios contra estas consecuencias y, lo que es peor, muy vulnerable frente a los abusos. Esos fueron algunos de sus efectos indeseados y los aspectos que más inquietud y descontento suscitaron siempre. Pero lo que no puede negarse es que transcurría por un cauce diseñado con un innegable objetivo garantista y por el que los litigantes podían obligar a transitar al juez, bajo la amenaza de nulidad del proceso, para evitar su caída en la fácil tentación de los atajos. Porque todo intento de alteración de las formas podía afectar a su objetivo, y desde ese planteamiento encuentra explicación el fracaso de las medidas en pro de una mayor sencillez y agilidad procesal, inspiradoras, como se ha dicho, de buena parte de las normas que terciaron en su evolución histórica entre nosotros.

Bajo ese enfoque se alumbró una característica "figura de juicio" a la que daba cuerpo un esquema procedimental obediente al principio acusatorio, en el cual sus diferentes actuaciones, ordenadas consecutivamente en términos preclusivos, aparecían distribuidas en tres fases, cuya respectiva función se expresaba con las palabras latinas *petitum, probatio* y *sententia*. En la primera quedaba fijado el asunto litigioso y la posición de las partes ante él, en la segunda se aportaban los correspondientes elementos de prueba, y en la tercera el juez pronunciaba su fallo en

atención a lo que hubiera resultado del juicio. Servían de cierre a las dos primeras fases sendos escritos de conclusiones de los litigantes, donde, tras dar por alegado o probado todo lo pertinente a su pretensión, solicitaban del juez la apertura de la siguiente.

Preocupaciones de distinta índole, y en concreto el temor a que una excesiva dependencia de la actividad de los particulares pudiera conducir a la impunidad de los delitos, abrieron la puerta a formas procesales inquisitivas en el ámbito de la justicia penal, que permitían prescindir de aquéllos en la puesta en marcha y activación de la maquinaria judicial, gracias al mayor protagonismo de los jueces tanto en su inicio como en el desarrollo y la aportación de los elementos del juicio. En este punto fue la Iglesia la que proporcionó las pautas, al instaurar el proceso inquisitivo en el ámbito de su jurisdicción durante el pontificado de Inocencio III, con el objeto de atajar los escándalos públicos del clero. Consideradas en un principio extraordinarias por la doctrina, en algunos territorios, como Castilla (donde las Partidas regulaban diferentes tipos de pesquisas), fueron extendiéndose progresivamente hasta llegar a fundirse con el modo ordinario. Así, al menos desde finales del siglo XV, en Castilla el procedimiento en las causas penales acabó obedeciendo a un esquema mixto, con principios y actuaciones propias de ambos modos de juzgar, que mantuvo ese orden contradictorio tripartito para su fase contenciosa, el llamado juicio plenario, y le antepuso otra preparatoria, el sumario o la información sumaria, inquisitiva o secreta, destinada a la fijación del *petitum*, con la clarificación del cuerpo del delito y la recogida de pruebas sobre sus presuntos autores. A diferencia también de los juicios civiles, y asimismo como legado de la inicial *inquisitio* extraordinaria, el juez gozaba en todo su transcurso de mayores facultades dispositivas, que no sólo le permitían iniciar de oficio una causa y hacer todas las averiguaciones pertinentes en la sumaria, sino también llevar él mismo en el plenario el peso de la acusación y la prueba sobre la que luego habría de pronunciarse en su sentencia.

Formulado desde la consideración del orden procesal como criterio de verdad, y con la atención puesta en el deseo de facilitar en su transcurso la alegación y prueba de todo lo pertinente al interés de las partes, la forma adquiría en este modelo del *ius commune* una especial trascendencia. Como requisito para el ejercicio de la *iurisdictio*, lo explicaba a sus lectores a finales del siglo XVIII el abogado Vicente Vizcaíno Pérez en su *Código y práctica criminal arreglado á las leyes de España*, al enseñar que, igual que un particular no podría castigar a su ofensor "porque le falta autoridad para castigarle", "del mismo modo el juez carece de potestad, sin que precedan las formalidades que le prescribe el derecho" (3).

La importancia de la forma derivaba del enlace entre rectitud procesal y justicia del fallo, de modo que la salvaguarda del orden procesal se estimaba como la mejor protección de la situación jurídica individual que se hacía valer en el juicio. Al facilitar el diálogo y la demostración de demandas y respuestas, se entendía que su resultado natural conducía al esclarecimiento de la verdad que había de servir de fundamento a la sentencia. Y de ese presupuesto partía su peculiar sistema de garantías, derivadas de los requisitos y límites a la acción de los jueces que imponía este modelo procesal.

Entre ellas se encontraba en lugar preeminente la necesidad de respetar los principios de audiencia y defensa, considerados sagrados en la más estricta acepción del término, es decir, dignos de veneración por su carácter divino. Tal y como enseñaba la Biblia, constituían, en efecto, las condiciones que el propio Dios se había impuesto a sí mismo en el primer juicio de la historia del hombre, el juicio de Adán, a quien había llamado y escuchado en todo lo que había querido alegar para su defensa, a pesar de que conocía perfectamente los hechos y sus conse-

(3) *Código y práctica criminal arreglado á las leyes de España, que para dirección de los alcaldes y jueces ordinarios y escribanos reales escribió...*, Madrid, Imp. Vda. de Ibarra, 1797, pág. 177.

cuencias jurídicas. Y al hacerlo, se razonaba, había comenzado a trazar para los hombres el camino procesal, con esas dos exigencias inexcusables, la citación y la defensa, ambas, por eso, de origen divino, ambas de derecho natural, como unánimemente mantenía la doctrina (4). Pues, al actuar de esa forma, había dejado escrito a mediados del siglo XVI Alonso de Heredia en su *Dechado de Iuezes,* Dios había dado a entender "como ningun Iuez por entendido que tenga el caso y negocio, deue juzgar, sin citar y oyr primero a la parte su desculpa y descargo, por friuolo que sea, si lo quiere dar" (5). Ahí sí se daba una *communis opinio*, aunque luego los juristas discreparan a la hora de precisar el alcance de ambos principios en el curso del procedimiento. Nadie que tuviera que juzgar conductas humanas podía ser más que Dios.

Limitaba asimismo la acción de los jueces su obligación de juzgar *secundum allegata et probata*. Era otra de las bases de este modelo procesal, en su caso impuesta por Derecho positivo (6).

---

(4) Muy recurrente siempre en la doctrina esta imagen acerca del origen divino de los juicios y el carácter inexcusable de la citación y la defensa. Así, por ejemplo, en Juan de MATIENZO, *Dialogus relatoris et advocati Pinciani senatus*, Valladolid, Imp. S. Martínez, 1558, P. II, cap. 4, n.° 20 ("*Iudicium in paradiso ortum habuit*"), y P. III, cap. XLIIII, ff. 170 ss.; Diego COVARRUBIAS DE LEYVA, *Practicarum Quaestionum*, L. I, Cap. XXIII, n.° 5 (en *Omnia Opera*, Salamanca, Imp. D. Portonaris, 1577); Gonzalo SUÁREZ DE PAZ, *Praxis ecclesiastica et saecularis*, Valladolid, Imp. A. Merchán, 1609, P. I, III Tempus, n.° 1; Alfonso de AZEVEDO, *Commentariorum Iuris Civilis in hispaniae regias constitutiones*, Madrid, Imp. J. Haffrey, 1612, comentario a NR IV, 17, 10, n.° 39; Manuel Silvestre MARTÍNEZ, *Librería de jueces*, Madrid, Imp. Blas Romá, 1771-1774, Cap. I, n.° 1 (T. I, pág. 2), o Ramón Lázaro de DOU y BASSOLS, *Instituciones de Derecho público general de España con noticia del particular de Cataluña*, Madrid, Imp. Benito García, 1800-1803, L. III, Tit. V, Cap. XIII, Sec. I, n.° 4 (T. VIII, págs. 205-206).

(5) *Dechado de Iuezes en el qval se hallara la mvestra de qval deue ser vn buen Iuez*, Valencia, Ioan Mey, 1566, f. 7.

(6) Para su justificación solía citarse el Digesto (D. I, 18, 6 § 2) y diversas leyes de Partidas, como P. III, 22, 16, P. III, 14, 1 o P. III, 16, 40.

Los jueces debían sentenciar ateniéndose estrictamente a lo alegado y probado en el juicio, con abstracción de cualquier verdad extraprocesal que hubiera podido llegar a su conocimiento. En ese sentido, se hablaba de la necesaria concordancia entre el *petitum*, la *probatio* y la *sententia* (7). Un principio que reforzaba su función de garantía frente al juez al unirse con el sistema probatorio característico de este proceso, de pruebas legales y tasadas, que vinculaba asimismo su decisión al reconocer únicamente como tales los medios admitidos en derecho y con el valor predeterminado en él (8).

Era en el proceso donde se consideraba encerrada la verdad. La única verdad que interesaba era la procesal y ésta estaba en las actas, de modo que todo lo que quedara al margen de ellas carecía de efectos, como había advertido ya en el siglo XIII Guillermo Durante en su *Speculum iudiciale*, uno de los primeros y más influyentes tratados sobre la materia: *quod non est in actis, non est in hoc mundo*. El problema de conciencia que tal exigencia pudiera plantear lo solucionó muy pronto un teólogo, Santo Tomás de Aquino, al reconocer en cada juez, junto a la privada, una conciencia pública que se conformaba de acuerdo con el resultado del proceso y que estaba obligado a seguir en el desempeño de su oficio, haciendo oídos sordos a la otra, pues de lo contrario podría peligrar la estabilidad de la propia república cristiana y del orden judicial que la sustentaba, además de abrirse una peligrosa puerta al escándalo y la corrupción (9).

---

(7) AZEVEDO, *Commentariorum Iuris Civilis...*, glosa "Sobre que se pueda dar cierta sentencia" a NR IV, 17, 19, f. 115, recordando la doctrina del Abad Panormitano.

(8) P. 3, 14, 12 y P. 7, 31, 9, sobre precedentes justinianeos, CJ. 4, 19, 25 y D. 48, 19, 5.

(9) Como recordaban, por ejemplo, Diego de COVARRUBIAS (*Variarum Resolutionum*, L. I, Cap. I, núms. 1 a 10 –"*Qualiter iudex ex actis ius dicere debeat, adversus ea, quae priuatim cognouerit*"–, en *Omnia Opera* cit., T. I, págs. 315-326) y Juan GUTIÉRREZ (*Canonicarum Quaestionum vtrivsque fori*, Madrid, Tip. Regia, 1608, Cap. XXIX –"*An iudici liceat iudicare secundum alle-*

De ahí también la importancia del principio de la escritura, que fijaba lo alegado y probado en el proceso, permitía su inspección por parte de los litigantes a efectos de precisar sus conclusiones y la petición definitiva al juez, y proporcionaba a éste la *causae cognitio* sobre la que necesariamente debía formar su sentencia. Un conocimiento, un examen de la causa, que para algunos juristas era también exigencia impuesta por el derecho natural, y que llevaba a declarar nula la sentencia dictada en un plazo que, por su brevedad, hiciera inverosímil la realización del preceptivo estudio del proceso por parte del juez (10). Las actas escritas permitían, en fin, la revisión del litigio en ulteriores instancias, otra de las características de este orden.

Sobre esa base, autores como José Marcos Gutiérrez o Ramón Lázaro de Dou i Bassols insistían muy a comienzos del siglo XIX en el hecho de que la obligación de juzgar conforme a lo alegado y probado, aparte de servir de escudo frente a las pasiones de los jueces, resultaba imperativo del propio sistema, dado lo inútil que sería admitir la posibilidad de que las sentencias se basasen en la ciencia particular de los jueces, pues, examinadas en la instancia siguiente, serían indefectiblemente revocadas a la vista de lo que apareciera en las actas (11). Aunque en relación con su alcance no había una opinión unánime y algunos autores eximían de esta obligación a los tribunales superiores, la mayor parte de la doctrina castellana entendía que

gata, & probata, contra veritatem, quam privata scientia nouit, necne"–, págs. 935 ss.

(10) Diego PÉREZ DE SALAMANCA, *Commentaria in quatuor priores libros ordinationum regni Castellae*, Salamanca, Imp. A. Ramírez, 1609, glosa "De los Iuizios" a OORR III, 1; MATIENZO, *Dialogus relatoris*, P. III, Cap. XXXIX; HEVIA BOLAÑOS, *Cvria Filipica*, Madrid, Imp. Vda. Alonso Martín, 1619, P. I, § 18, n.° 3 (f. 18 v.).

(11) Respectivamente, *Práctica criminal de España*, 3.ª ed. –1.ª en 1804–, Madrid, Imp. F. Villalpando, 1824, Cap. IX, esp. n.° 4, e *Instituciones*, L. I, Tít. VIIII, Cap. VIIII, Sec. II, n.° 36 (T. II, pág. 28) y L. III, Tit. II, Cap. XI, Sec. I, n.° 34 (T. VI, pág. 292).

afectaba a todo tipo de jueces, inferiores y superiores, y que de ella no se libraban más que el rey (gracias a su potestad de dar y derogar leyes y a la presunción de justicia que respaldaba todos sus actos) y el Consejo Real que representaba su persona y donde culminaba la jerarquía jurisdiccional. Pues siempre había posibilidad de acudir a ellos para denunciar, por vía de segunda suplicación, injusticia notoria o revisión extraordinaria, la infracción a la regla.

Todo eso se había implantado desde objetivos garantistas, desde la preocupación por poner a las gentes a cubierto de un posible abuso de autoridad por parte de los jueces: la salvaguarda de los principios de audiencia y defensa, el principio de escritura, la estricta vinculación de la decisión judicial a lo alegado y probado en el juicio, el sistema de pruebas legales y tasadas, el orden de recursos, nulidades, apelaciones, suplicaciones... Precauciones todas motivadas por la desconfianza frente a ellos. Por más que la idea de garantismo, la palabra garantía, pueda chocar con la percepción más extendida acerca del mundo de los juicios en el Antiguo Régimen, y sobre todo de los juicios criminales (el ámbito que preferentemente ha suscitado la atención de los historiadores), donde suele presentarse un escenario de opresión, de ejercicio muy libre del poder por parte de jueces y demás autoridades, con muy pocas trazas garantistas. Un mundo, en ese sentido, nada constitucional, marcado por la indefensión, en el cual expresiones como la de "proceso ofensivo", acuñada en su día por César Beccaria para resaltar la instrumentalización del proceso por parte del poder con fines represivos (12), parece que pueden encontrar mejor aceptación. Indefensión aplicada también al ámbito de los juicios civiles, en su caso sobre todo por la trampa que podían suponer para los litigantes, convertidos en piezas de un juego en el cual el deba-

(12) *Tratado de los delitos y de las penas*, Madrid, Imp. J. Ibarra, 1774 (facs. Madrid, Centro Publicaciones Ministerio de Justicia/Biblioteca Nacional, Ministerio de Cultura, 1993), pág. 99.

te y la solución procesal de sus pretensiones cedían el paso a los intereses personales de quienes vivían de los pleitos.

Es esa imagen de desvalimiento la que durante siglos transmitió la literatura popular, la que alimentó el refranero castellano con dichos como *En pleytos que te veas, y que los ganes* o *Más vale un ruin ajuste, que una buena sentencia* (13), y la que en el siglo XVIII justificó muchas de las críticas de los ilustrados. No puede negarse, en efecto, que este modelo procesal nunca resultó de fácil aceptación para los profanos, y que llegó al siglo XIX con una larga historia de críticas y quejas detrás de él, motivadas no sólo por sus problemas estructurales de complejidad, lentitud y carestía, sino por las numerosas irregularidades y excesos que se producían en la práctica, haciendo ilusorias las garantías. Por mucho cuidado que se hubiera querido poner en su formulación, no parece que las gentes se sintieran seguras ante la realidad del proceso y que lo percibieran como un eficaz escudo protector.

Sin duda era un proceso vulnerable que se prestaba a abusos por parte de litigantes, jueces, abogados, escribanos y demás actores de la escena forense. En lo penal, además, distaba mucho de lo que un lego apreciaría como un proceso justo. De entrada, venía marcado por un evidente desequilibrio procesal en detrimento de los reos, contra quienes podían aunar fuerzas acusadores particulares, fiscales y jueces, y cuya condición de parte quedaba ensombrecida por la de elemento probatorio a favor del contrario, al que proporcionaba la mejor de las pruebas, la *regina probationum*, como se llamaba a su propia confesión de culpa, con la presión adicional que se derivaba del obligatorio juramento y la posibilidad de ser forzada por medio de la tortura, admitida y reglamentada por la ley. Asimismo, la mayor implicación de los jueces y su doble condición de pesquisidores y jueces, que sentenciaban sobre lo alegado y probado por ellos mismos, hacían muy poco verosímil la imparcialidad, pese a las reiteradas invocaciones de la doctrina a su obligación de usar su oficio no sólo en contra, sino también a favor del reo.

(13) Los recordaba el abogado valenciano José BERNÍ en *El abogado instruido en la practica civil de España*, Valencia, Imp. Joseph Thomàs Lucas, 1763, págs. 5 y 10.

La práctica, además, se encargó de pervertir algunas de las garantías, como ocurrió con el sistema probatorio en este mismo ámbito de la justicia penal, donde el riesgo de impunidad de los crímenes a que podía conducir fue neutralizado gracias a la aceptación de pruebas imperfectas, a las que acabó reconociéndose el valor suficiente para justificar una pena extraordinaria, en una operación que ligaba el *quantum* de culpa y su correspondiente pena al *quantum* de prueba obtenido. Poco quedó, así, de lo que en sus orígenes se había concebido como amparo de la inocencia. Se faltaba a lo dispuesto en las leyes de Partidas, pero era un uso generalizado en nuestros tribunales, que, en las postrimerías del Antiguo Régimen, contaba con partidarios y detractores entre los autores de prácticas procesales (14).

Y también es evidente que este orden carecía de la precisión necesaria para su plena virtualidad. Demasiados silencios normativos, demasiado margen para el arbitrio, demasiados estilos, demasiadas controversias entre los juristas, demasiadas excepciones justificadas doctrinalmente desdibujaban en exceso sus cauces. Ni siquiera existía acuerdo sobre las causas de nulidad. Es mucho, por otra parte, lo que hoy día sigue exigiendo una investigación más profunda de la documentación procesal para

(14) De los primeros, por ejemplo, VIZCAÍNO, *Código y Práctica Criminal*, págs. 214 ss. De los segundos, MARCOS GUTIÉRREZ, *Práctica criminal*, T. I, Cap. IX § I, núms, 5 ss., págs. 291 ss., donde invocaba la necesidad de volver a la pureza de las Partidas ("unas leyes pátrias que no hallamos derogadas por otras de nuestra legislacion"), o DOU I BASSOLS, *Instituciones*, L. III, Tit. V, Cap. XVIII, Sec. I, núms. 6 ss., T. VIII, págs. 227 ss., quien, menos contundente en la crítica, se inclinaba por la conveniencia de que sobre dicha práctica se diese ley determinada.

calibrar el alcance efectivo de los mecanismos protectores de los justiciables. Sabemos poco, por ejemplo, sobre el funcionamiento del sistema de recursos, nulidades, apelaciones, suplicaciones, injusticia notoria...; sería de enorme interés averiguar, entre otras cosas, qué faltas del procedimiento se alegaban y estimaban como causas de nulidad, y ahondar en cuestiones tales como el ejercicio de las funciones de tutela sobre los jueces inferiores por parte de los superiores, las posibilidades de intervención derivadas de la supremacía jurisdiccional del rey o la eficacia de los procedimientos de control y exigencia de responsabilidad a los jueces, que tan decaídos se presentaban a finales del siglo XVIII, tras el desuso de las visitas y la práctica desaparición de las residencias, corrompidas y desacreditadas, y al cabo suspendidas por Carlos IV en 1799 (15).

II. EL JUICIO DE ILUSTRADOS Y LIBERALES: BUENAS LEYES, MALOS JUECES

Pero, fuera cual fuera su historia anterior, lo cierto es que, tanto en el siglo XVIII como en el período gaditano, las críticas al proceso se plantearon mayoritariamente como críticas a una mala práctica del proceso, a un mal uso, achacado a un problema de incumplimiento de unas leyes que, en líneas generales, se dieron por buenas. No hay duda, igualmente, de que en ambos momentos el dedo acusador apuntó como principales culpables a los jueces, a quienes, por impericia –y de ahí la antipatía generalizada hacia la justicia lega–, negligencia, abandono de deberes o prevaricación, se hizo responsables de que tantas buenas leyes alumbradas a lo largo de nuestra historia no se aplicaran. Se ha indicado ya al principio de estas páginas. Pese al rechazo de los numerosos vicios que se detectaban en la práctica, y pese

(15) NoR 7, 11,30, cap. 1.

al tono tremendista con que se denunciaban, no era mala la opinión sobre el modelo procesal vigente, que, muy al contrario, se veía como un buen cauce para la averiguación de la verdad en juicio y con suficientes garantías para los derechos de las partes, sin necesidad de hacer en él más que algunas correcciones.

Sirvan de ejemplo las siguientes palabras de José Marcos Gutiérrez, tomadas de su *Práctica criminal de España* (escrita en los primeros años del siglo XIX), que expresan con elocuencia tanto esa valoración como el tono utilizado en la denuncia, y cuyo parangón podría encontrarse en muchas de las páginas del *Diario de Sesiones* correspondientes al período gaditano. Versaban sobre la situación de las cárceles y no se han seleccionado al azar, pues fue éste un tema que absorbió buena parte de las inquietudes y críticas del período y se utilizó con frecuencia como muestra de los defectos de la justicia:

> «Hay pocas materias de nuestra legislacion criminal sobre las que se hayan establecido más sabias, loables y humanas leyes que sobre las prisiones, y sin embargo no hay lugares más espantosos, ni en que la humanidad sea más degradada, ni esté más espuesta al contagio del mal aire y de las enfermedades: porque ¿de qué aprovechan las leyes más juiciosas y bien dictadas, si jueces indolentes ó descuidados no desempeñan el estrecho encargo anejo á su ministerio de hacer por todos medios que se obedezcan y estén en observancia? ¿de qué sirven, si los más obligados á su cumplimiento son los primeros que dan el contagioso egenplo de la contravencion á ellas? ¿qué nos importan, si con una continua y larga desobediencia llegan á echar los abusos tan hondas raices que aun los jueces más íntegros y vigilantes encuentran poderosos obstáculos para estirparlos?" (16).

Muchos compartían este juicio, como la *Consulta al País* puso de manifiesto. A la pregunta sobre "Medios de mejorar

(16) P. I, Cap. VI, n.° 28 (pág. 225).

nuestra legislación desterrando los abusos introducidos y facilitando su perfección", fueron muy numerosas las respuestas que se orientaron al ámbito de la administración de justicia y criticaron los procedimientos judiciales. Y no pocas las que, entre ellas, situaron el grueso de sus problemas en una práctica viciada, sin que se planteara más alternativa al sistema criticado que el saneamiento y control de una justicia profesional en manos de jueces letrados, sujetos en su actuación a las leyes (17). Jueces instituidos en meros ministros, ejecutores de la ley; castigo al juez "injusto, omiso, contemplativo, apasionado o negligente en su obligación y puntual observancia de las leyes", como escribía el obispo de Menorca: en ese tipo de remedios se cifraba la esperanza (18).

Igual diagnóstico inspiraron los trabajos de la Junta de Legislación, creada para proponer a la Comisión de Cortes las reformas necesarias en nuestras leyes y a la que se pasaron los resultados de la Consulta con la advertencia de que cualquier imperfección en la legislación criminal y en el orden procesal podría "destruir la libertad civil y política de los Ciudadanos". Por mano de Antonio Ranz Romanillos, la Junta localizó en los textos normativos históricos de Castilla (en el Fuero Juzgo, el Fuero Real, las Partidas, el Ordenamiento de Montalvo y la Nueva Recopilación) lo que entendió como buenas leyes protectoras de esa libertad, y con preceptos extraídos de ellos confeccionó el catálogo de las "Leyes pertenecientes a los derechos de los individuos", con valor de ley fundamental (19). La mayoría, de índole procesal, relativas a requisitos del arresto y la prisión preventiva y a garantías de la defensa del reo en causa criminal, seleccionadas con ese valor cuando lo que aún se pretendía era fijar el cuerpo de la constitución histórica española.

(17) *Vide*, por ejemplo, ARTOLA, M., *Los orígenes de la España contemporánea*, págs. 268, 274, 287 ss., 302, 375, 436, 440; SUÁREZ, F. ed., *Cortes de Cádiz I. Informes oficiales sobre Cortes, Baleares*, Pamplona, Ed. Universidad de Navarra, 1967, págs. 251 ss.; SUÁREZ, F., ed., *Cortes de Cádiz I. Informes oficiales sobre Cortes. Valencia y Aragón*, Pamplona, Ed. Universidad de Navarra, 1968, págs. 102, 221, 230; SUÁREZ, F., ed., *Cortes de Cádiz I. Informes oficiales sobre Cortes. Andalucía y Extremadura*, Pamplona, Ed. Universidad de Navarra, 1974, págs. 80, 83.

(18) *Informes Baleares* cit., pág. 252.

III. La respuesta de Cádiz al pasado y presente de los juicios

Buenas leyes, malos jueces: igual que en la España ilustrada, ésa continuó siendo la percepción en la experiencia constitucional gaditana. Una apreciación extendida que sirvió de justificación para las medidas tomadas en nuestro primer texto constitucional, obra de políticos deseosos de dar respuestas tranquilizadoras. Y eso hasta tal punto que el principal empeño de Cádiz, y aquello en lo que más se significó en relación con los precedentes ilustrados, fue precisamente el cuidado por asegurar la observancia de las leyes procesales, la estricta sumisión de los jueces al orden procesal regulado en ellas. Leyes que continuaban siendo las históricas y a las que se añadieron tan sólo algunos preceptos constitucionales, con elocuente énfasis en un tema que arrastraba tras de sí una larga historia de abusos y denuncias y hacia el cual nuestros constituyentes mostraron una particular sensibilidad: la privación de libertad de los reos.

Motivaciones coyunturales inspiraron también esos artículos, que, de algún modo, se presentaron como el tributo personal de los diputados a quienes pusieron en ellos su confianza para la solución de las desdichas provocadas por una mala justicia. Fue-

(19) En TOMÁS Y VALIENTE, F., "Génesis de la Constitución de 1812. De muchas leyes fundamentales a una sola Constitución", *AHDE* LXV (1995), págs. 103-106 y 116-118.

ron su respuesta a las numerosas cartas que comenzaron a recibirse en las Cortes desde el momento mismo de apertura de las sesiones, con las quejas de quienes se sentían víctimas de la justicia y suplicaban remedio a su situación. Cartas de reos encarcelados o de sus familiares y amigos que, con el desamparo como denominador común, entre otros agravios denunciaban sus largos encierros, la arbitrariedad con que se habían producido sus arrestos, la ignorancia sobre el motivo de su prisión, las inhumanas condiciones de las cárceles o la paralización de sus causas. Si en algo podía verse reflejado de un modo bien gráfico el atentado a la libertad civil por parte de las autoridades, era en todas esas cartas, que marcaron emocionalmente a los constituyentes y les impidieron desentenderse de un sufrimiento que sentían tan cercano. Su lectura pública alimentó asimismo el clima de animadversión hacia los jueces desde el que se enfocaron los remedios, reacción tan natural a la vista de aquéllas como la piedad hacia los que sufrían a causa de sus actuaciones. Y sirvió también para señalar objetivos.

1 El proyecto de Reglamento para la abreviación de las causas criminales (abril 1811)

La salvaguarda de la libertad y seguridad del individuo frente a los atentados por parte de jueces y autoridades judiciales, así como el remedio a las dilaciones procesales, se plantearon muy pronto como cuestiones prioritarias. Ambas se abordaron en el fallido proyecto de Reglamento para la abreviación de las causas criminales, designado también a lo largo de su discusión en el Congreso con expresiones tales como "reglamento del poder judiciario", "reglamento para el poder judicial" o "para el poder judiciario en las causas criminales", buena prueba de la importancia que se le reconocía. Se presentó a la cámara el 19 de abril de 1811 (tres días antes de la votación unánime del decreto abolitorio de la tortura y los apremios propuesto por

Agustín Argüelles), y hasta el 22 de julio de ese año, fecha en que quedó suspendida su tramitación sin llegar a aprobarse y ni siquiera discutirse en su totalidad, absorbió el grueso del trabajo de las Cortes (20).

Fruto del momento y muy bien recibido por el grupo liberal, la mayoría de los artículos del proyecto venía a dar respuesta a esas expectativas depositadas en las Cortes, dejando para más adelante un arreglo más completo del poder judicial basado en unos principios que sus autores aprovecharon para enunciar: derechos claros de los ciudadanos, sencillez y publicidad procesal, legalidad e independencia de los jueces y unidad jurisdiccional. Al presentarlo a la cámara, el diputado Dueñas, en nombre de la comisión redactora, advirtió que la intención que lo guiaba era instruir al pueblo de sus derechos como freno a la arbitrariedad de los malos jueces ("porque no hay duda que se disminuirá el atrevimiento de los malos jueces á proporcion del conocimiento que tengan los súbditos de sus derechos"), y puso especial empeño en destacar las escasas innovaciones que suponía en relación con la legislación vigente: "porque apenas tendrá una décima parte que no esté prevenido por las leyes" (21). Punto central de él, como no podía ser menos, lo constituía la regulación detallada de los requisitos del arresto y prisión de los reos: información sumaria previa, auto motivado, notificación en el plazo de 24 horas de la causa de la prisión y el nombre del acusador, prisión preventiva sólo para delitos con pena capital o *corporis afflictiva*, visitas de cárceles regulares... Todo ello, bajo la responsabilidad del juez. Para lo civil (pues también a esa materia alcanzaba), imponía un juicio de conciliación previo a toda demanda, en respuesta al eterno clamor por la disminución del número de juicios.

(20) El texto, en *Diario de las discusiones y actas de las Cortes*, Cádiz, Imp. Real, 1811-1813 -DS-, V, págs. 115 ss.

(21) DS, V, pág. 119.

2. *La Constitución de Cádiz: orden procesal y responsabilidad judicial*

Pese a que como proyecto de reglamento no siguió adelante, su huella en el articulado de la Constitución gaditana es muy evidente, por lo que no puede hablarse de fracaso. Pasaron a ella no sólo varios de sus preceptos, sino también las preocupaciones y objetivos que lo habían inspirado y con los que se recogía el sentir de los constituyentes ante los estímulos coetáneos y el influjo de toda la corriente crítica anterior. Se entiende por eso la muy distinta atención prestada por nuestra primera Constitución a la administración de justicia en los ámbitos civil y criminal, así como el detallismo con que se redactaron algunos de los artículos relativos a este último, más propios de un reglamento que de una ley fundamental (22). No sorprende tampoco que en su caso la mayoría de los preceptos constitucionales se orientara a puntos como la garantía de la seguridad personal del individuo frente a la privación de libertad por parte de la autoridad, la eliminación del tormento y los apremios, la prohibición del juramento en la confesión del reo o el reforzamiento de su defensa (con la obligada manifestación del motivo de la prisión y nombre del acusador a las 24 horas de la detención, o el traslado de las pruebas documentales y testificales en su contra ya desde el momento de su confesión). Tras su enunciado estaba toda la tradición reformista de la Ilustración, el compromiso personal de unos hombres ante otros que sufrían, la salvaguarda de la inocencia y, sobre todo, el supremo valor de la libertad y la necesidad de su garantía. Frente a esto, en lo civil los artículos de la Constitución tan sólo apuntaron a los eternos deseos de evitar pleitos (elevando el arbitraje a la categoría de derecho de todos los españoles e implantando la conciliación como requisi-

(22) Respecticamente, Caps. II –"De la administración de justicia en lo civil", arts. 280 a 285– y III –"De la administración de justicia en lo criminal", arts. 286 a 308–, del Título V.

to previo de toda demanda civil, en línea con lo dispuesto en el proyecto de reglamento de 1811) y acortar el tiempo de la justicia, reduciendo a tres el número máximo de instancias en los juicios. Con ellos los diputados gaditanos afrontaron la solución de dos de las más viejas preocupaciones en la historia del proceso, la abundancia y lentitud de los pleitos, que habían formado parte también del bagaje crítico de la Ilustración, cuyos representantes, sin embargo, más allá de su denuncia genérica, poco se habían ocupado de la justicia civil. Faltaba ahí, por consiguiente, no sólo la presión del momento, sino también una opinión crítica madura que pudiera plantear alternativas. De inmediato, pareció suficiente ofrecer a los españoles ese horizonte de menos juicios y más pronta justicia.

Esas fueron las prescripciones que los diputados estimaron necesario incluir expresamente en el texto constitucional. Se completaron con el anuncio de un futuro marco legal y uniforme para el orden procesal –art. 244: "Las leyes señalarán el órden y las formalidades del proceso, que serán uniformes en todos los tribunales, y ni las Córtes ni el Rey podrán dispensarlas"–, acompañado de mandatos específicos en relación con las características que habría de asumir el penal –art. 286: "con brevedad y sin vicios, á fin de que los delitos sean prontamente castigados"–, el cual debería ser necesariamente público a partir del momento de la confesión del reo –art. 302–. Como anuncio también, la posibilidad de implantación del jurado en España si con el tiempo las Cortes lo estimasen conveniente –art. 307–.

A la espera de esas leyes futuras, el propósito del constituyente gaditano se volcó en asegurar el cumplimiento de las presentes. En ese punto radicó el peculiar significado de Cádiz en la historia del proceso, como se ha dicho. Lo que lo separó de los precedentes ilustrados fue precisamente el esfuerzo por asegurar la sujeción del juez al orden procesal, objetivo que en su caso se planteó no como remedio específico a los problemas del sector, sino como parte de un plan general de responsabilidad que afectaba a todos los empleados públicos por la infracción de

sus deberes a la hora de hacer efectivos los derechos de los españoles, como Lorente, Garriga y Martínez Pérez han puesto de manifiesto. En el ámbito que nos ocupa, presidía las disposiciones constitucionales un contundente art. 254:

> «Toda falta de observancia de las leyes que arreglan el proceso en lo civil y en lo criminal, hace responsables personalmente á los jueces que la cometieren.»

Con su enunciado, el legislador gaditano no sólo se hacía eco de la vieja opinión que situaba en una práctica desviada de las leyes la raíz de los problemas y hacía de los jueces sus principales culpables, sino que apuntaba certeramente al flanco débil del proceso vigente y por donde fallaba su potencial garantista, tan deteriorado en la realidad que resultaba difícil apreciarlo como tal. Las soluciones se aportaban en el propio texto constitucional. No se trataba de un simple enunciado de principios. Distintas vías trataban de hacer efectiva la sumisión real de los jueces al orden procesal, iniciadas con el reconocimiento de la acción popular para la persecución del soborno, el cohecho y la prevaricación que se hacía en el artículo siguiente. Al mismo fin se orientaba el nuevo recurso de nulidad ante el Tribunal Supremo contra las sentencias dadas por las Audiencias en última instancia, expresamente instituido no sólo a efectos procesales internos, como garantía para los litigantes de la pureza del procedimiento y al objeto de reponer el juicio al momento en que se hubiera cometido la falta (de acuerdo con lo que había sido su función tradicional), sino también como medio de hacer efectiva la responsabilidad en que por tal motivo hubiesen incurrido los jueces (23).

(23) Art. 261, como competencia novena de las atribuidas al nuevo Tribunal Supremo (y a las Audiencias en ultramar): "Conocer de los recursos de nulidad, que se interpongan contra las sentencias dadas en última instancia para el preciso efecto de reponer el proceso, devolviéndolo, y hacer efectiva la responsabilidad de que trata el art. 254."

Junto a ello la Constitución abrió otro importante cauce para que ese celo por el estricto respeto del orden de los juicios no quedase una vez más en la simple expresión de un deseo. Se derivó de su valor normativo y las previsiones frente al supuesto de infracción de sus preceptos, que significaron la concesión a todos los españoles del derecho a dirigirse a las Cortes o al rey para reclamar la observancia de la Constitución (art. 373), y el expreso encargo a las diputaciones provinciales de dar cuenta a aquéllas de las infracciones a la ley fundamental que apreciaran en su provincia (art. 335, 9). En cuanto que parte de la ley fundamental era el precepto que disponía el sometimiento del juez al orden procesal dispuesto en las leyes, cualquier inobservancia en este punto podría ser denunciada por este medio, con la consiguiente responsabilidad del causante de la misma y el paralelo refuerzo de la garantía del derecho a un proceso desarrollado conforme a su correcto cauce legal.

Junto a la brevedad de los juicios, como años después reconocería Argüelles en su análisis de la reforma constitucional, la responsabilidad de los jueces había sido la gran preocupación de los constituyentes, quienes, una vez aseguradas ambas, habían procurado conservar todo lo compatible con ellas (24).

Sentado en esos términos estrictos el principio de responsabilidad del juez por el incumplimiento del orden procesal dispuesto en las leyes, y asegurada aquélla por esos medios, apenas parecía tener importancia el hecho de que ese orden procesal no fuera sólo un orden legal, que no existieran esas "leyes que arreglan el proceso en lo civil y en lo criminal", o al menos no existieran en los términos de total previsión normativa que ahora se les quería dar como referencia de la responsa-

(24) *Examen histórico de la reforma constitucional que hicieron las Cortes generales y extraordinarias desde que se instalaron en la isla de León, el día 24 de septiembre de 1810, hasta que cerraron en Cádiz sus sesiones en 14 del propio mes de 1813*, en LONGARES, J., ed., La reforma constitucional de Cádiz, Madrid, Iter, 1970, pág. 270.

bilidad. Cuando se discutió el art. 254, uno de los diputados más activos, Manuel Luján, que conocía bien la materia gracias a su oficio de relator, lo calificó de "muy propio de la Constitución", "arreglado y justo" y, por tanto, digno de ser aprobado. Sabía de la importancia del proceso para la protección de los derechos, y compartía la idea de que la clave de su rectitud estaba en la responsabilidad de los jueces:

> «No hay cosa que más asegure la propiedad, la libertad individual y la tranquilidad pública, que la observancia de las fórmulas legales en el seguimiento de las causas; y si los jueces que entienden y conocen de ellas no son responsables en su persona, no se conseguirá que se observen».

Pero también sabía qué elemento faltaba para la plena eficacia de la medida:

> «Esta responsabilidad tan apetecida será nula si en algun caso dexa la ley á voluntad de los jueces guardar ó no la formalidad que debe arreglar el proceso; si queda en su arbitrio extender ó restringir los términos ó dilaciones de las causas; y en una palabra, si no se dispone que la ley sea solamente la que regule los litigios, la que conceda sus términos, y la que señale las formalidades que debe haber en todas y cada una de sus complicadas y varias actuaciones.»

Era consciente de que, en el momento, las leyes no eran lo suficientemente precisas como para trazar el camino hacia la sentencia en los estrictos términos que requería una recta justicia y permitía una efectiva responsabilidad de sus detractores. Sin unos trámites judiciales perfectamente consignados en la ley, decía, "no hay que esperar reformas en los procesos, no pueden evitarse las arbitrariedades que se han conocido en el foro, ni se logrará hacer efectiva esa responsabilidad á que siempre han estado obligados los jueces, y que eludian tan fácilmente". Su experiencia le había enseñado que sólo en los juicios ejecu-

tivos, donde las fórmulas, los términos "y hasta las más menudas circunstancias" se encontraban plenamente consignadas en la ley, de modo que resultaba fácil detectar la nulidad, se exigía de hecho responsabilidad a los jueces infractores. Lo cual le demostraba que, mientras no fuese posible esa sencilla operación de cotejar el procedimiento con la ley, cualquier pretensión de responsabilidad sería vana (25).

Mas su llamada de atención no hizo desistir del planteamiento. Para la mayoría de los diputados, lo mismo que antaño para los ilustrados, la palabra ley parecía tener también un valor en sí misma, y en torno a la observancia de esa ley, herederos de una tradición crítica que había situado en su quebrantamiento buena parte de los problemas de la justicia, construyeron su peculiar sistema, completando de este modo la pieza que faltaba en el análisis ilustrado. Pese a que la respuesta a la elemental pregunta –¿qué leyes?– no resolviera ni mucho menos todas las cuestiones. En términos de imagen y confianza, lo importante era el mensaje que pudiera trascender de todo ello, y ya se sabe lo que preocupó en Cádiz tal cuestión. Aunque mucho más que un mensaje se desprendía sin duda del nuevo régimen de responsabilidad. Y tampoco ha de olvidarse que buena parte de las inquietudes del momento tuvieron respuesta directa en la Constitución, de modo que sobre ellas había preceptos constitucionales bien localizables para reclamar a los jueces y poner de manifiesto ante los españoles los beneficios del nuevo orden.

Medidas fácilmente comprensibles para todos, fácilmente aceptables, por más que no todos pudiesen entender los entresijos de ese proceso de cuya estricta observancia se hacía responsables a los jueces. Ahora sí inquietaban esas cosas. Quienes habían puesto en las Cortes la esperanza de remedio a su indefensión frente a los atropellos por parte de la autoridad, sabrían, por ejemplo, que, en lo sucesivo nadie podría ser preso arbitra-

(25) S. 20-XI-1811 (DS X, págs. 179 ss.).

riamente, y que, como se enseñaba a los españoles en uno de los *Catecismos políticos* del período,

> «para evitar todavía más la arbitrariedad, y asegurar la libertad individual en todo lo que sea compatible con la general, que consiste en que no queden sin castigo los delitos, previene la Constitucion que ningun español pueda ser preso sin que preceda informacion sumaria del hecho, por el que merezca segun la ley ser castigado con pena corporal y así mismo un mandamiento del juez por escrito que se le notificará en el acto mismo de la prision (*art. 287*)» (26).

No era poco. Fuera de las cuestiones expresamente reguladas por la Constitución, sin embargo, muy pronto se pusieron de manifiesto las disfunciones del sistema y la urgencia del marco legal sobre el orden y las formalidades del proceso que anunciaba en futuro el art. 244, a la vista de las dificultades para señalar de forma tajante en el proceso vigente los motivos de una nulidad a la que la Constitución atribuía tan graves consecuencias en orden a la responsabilidad de los jueces. Resultaba previsible que, como de hecho ocurrió, el nuevo régimen despertase las alarmas entre aquéllos y les llevase a una actitud de cautela que agravó los problemas de lentitud, derivados de las numerosas consultas a los superiores sobre temas de procedimiento con las que trataban de evitar cualquier error del que se les pudiera hacer responsables. Es evidente que las soluciones constitucionales requerían leyes.

Algunos quisieron más, entusiasmados con el modelo de la justicia inglesa e ilusionados con la posibilidad de utilizarlo como referencia para cambios más drásticos. Quisieron, entre otras cosas, unos juicios penales públicos, no contentos con la

(26) D. J. C., *Catecismo político arreglado á la Constitucion de la Monarquía española*, Salamanca, Imp. Blanco, s. f., pág. 60, en la lección XIV, *De la administracion de justicia*.

idea de publicidad derivada del acceso a las actas por parte de los litigantes propia de los vigentes. Querían que la justicia se hiciera a los ojos de todos, convencidos, como Argüelles, de que "teoría es esperar enmienda en esta parte mientras los jueces no se vean obligados por la publicidad de los juicios á observar escrupulosamente lo prevenido por las leyes en todos los trámites del proceso"; "fiscal de la escrupulosa observancia de la ley" llamaba a "la presencia del publico" (27). Pero se tuvieron que conformar con su anuncio, y aun matizado: desde el momento de la confesión, el juicio sería público "en el modo y forma que determinen las leyes" (art. 302). Quisieron también, y en ese empeño se destacó asimismo El Divino, la implantación del jurado en España. E igualmente se conformaron con su pronóstico (art. 307), conscientes ellos mismos de lo prematuro del cambio, si bien esperanzados en que algún día acabaría estableciéndose entre nosotros "la saludable y liberal institucion de que los españoles puedan terminar sus diferencias por jueces elegidos de entre sus iguales, en quienes no tengan que temer la perpetuidad de sus destinos, el espíritu de cuerpo de tribunales colegiados, y en fin el nombramiento del Gobierno, cuyo influxo no puede menos de alejar la confianza por la poderosa autoridad de que está revestido" (28). Creyeron, en fin, en la justicia de legos, en la posible alternativa que, como remedio a los males crónicos del proceso y los recelos frente a los jueces profesionales, podría suponer otro modelo de justicia, de participación popular y protección de derechos y ya no entendida como

(27) En la sesión del 21 de julio de 1811 (DS VII, págs. 141), en réplica a Dou i Bassols, cuando se discutía el art. XV del proyecto de Reglamento de abreviación de las causas criminales, que preveía la publicidad total del proceso desde la información sumaria hasta la ejecución de la sentencia, incluido el acto de su votación y las declaraciones de los testigos. Fue en ese punto precisamente, tras la abierta oposición de los diputados Gómez Fernández, Aner, Lisperguer, Morales Gallego y Borrull, donde quedó paralizado el proyecto.

(28) Discurso Preliminar, pág. 88.

aplicación de leyes, donde la confianza no tuviera que buscarse en el control y responsabilidad de sus agentes, sino que viniera impuesta por la identificación con las decisiones de personas que pudieran sentirse como iguales y en cuya elección se hubiese intervenido. Donde la forma no tuviese tanta trascendencia. Pero tuvieron que conformarse con sus atisbos, presentes en el arbitraje (art. 280), la encomendación a los alcaldes de los actos de conciliación (arts. 282 y 283) o el posible mantenimiento de facultades contenciosas entre sus cometidos (art. 275).

IV. Epílogo

Fernando VII lo dejó todo sin efecto y los juicios volvieron a la situación anterior. Mas cuando él mismo quiso castigar a quienes habían atentado contra su soberanía y ordenó abrir contra ellos las célebres *causas de Estado*, comprobó hasta qué punto el viejo orden procesal frenaba prisas y deseos de venganza. Sin reparar en ello, ordenó actuar a los jueces comisionados "conforme a derecho", y ese mandato entorpeció el inmediato castigo. A sus apremios los jueces contestaban que causas de esa naturaleza necesariamente habían de suponer "entorpecimientos", "para no apartarnos de las formas y del órden de los juicios, y para respetar en toda su extension los derechos de los procesados", llegando a sugerir la conveniencia de optar por una solución política y no judicial del asunto, habida cuenta de los inevitables retrasos impuestos por "los trámites ordinarios de los juicios, precisos é indispensables para un Juez, que no puede apartarse de lo dispuesto por las leyes". Por decreto, y no sentencia, fue como, al cabo, el monarca dispuso el confinamiento y destierro inmediato de los encausados (29).

(29) FERNÁNDEZ MARTÍN, M., *Derecho parlamentario español*, Madrid, Imp. Hijos de J. A. García, 1885 (facs. Madrid, Congreso de los Diputados, 1992), T. III, págs. 41 ss., 72 ss, 84 y 148 ss.

Como en Cádiz, los sentimientos marcaron después también a los hombres del Trienio, pero ya ni la actitud ni las perspectivas fueron las mismas. La conmiseración hacia los presos dejó paso al temor por la suerte del propio orden constitucional y, lo mismo que habían hecho en 1814 los diputados firmantes del *Manifiesto de los Persas*, las garantías procesales se vieron como amparo de la impunidad. Las denuncias que más impresionaron entonces resultaron ser las de quienes alertaban de sus peligros para la represión del crimen y las de los afectos al régimen constitucional, que clamaban por armarlo más eficazmente frente a sus enemigos. Su protección les importaba más que la libertad de individuos concretos, preocupados por el hecho de que las garantías consagradas en ese orden pudieran convertirse en piedras arrojadas contra el propio tejado.

No sólo en eso se separó el Trienio de Cádiz. En cuestión de juicios y garantías procesales la opción por el cambio fue ya muy clara, lo mismo que la actitud crítica hacia aquella legislación histórica donde los gaditanos habían querido encontrar una normativa garantista que serviría de freno a los jueces y cuyo cumplimento pretendieron asegurar. A las alabanzas sucedieron entonces la censura y repulsa crecientes por su volumen, su falta de sistema, su confusión, su contenido, su severidad, su desajuste, en definitiva, con los nuevos valores. Los antiguos códigos se rechazaron y se postularon otros nuevos, claros, completos, seguros. Y aunque en cuestión de justicia las posiciones se marcaron igualmente frente a las facultades y abusos de los jueces, y aunque se apuntó también al objetivo de la confianza y continuó aspirándose a la brevedad, lo que en Cádiz había quedado simplemente encarado como posibilidad de futuro, la justicia de iguales, el jurado, se planteó en el Trienio como la alternativa real a esa otra de la que tanto continuaba recelándose y para la que ya se intentó un nuevo marco. Por eso el Trienio en este tema inició otra historia. Efímera y fallida también, pero otra.

ORIENTACIÓN BIBLIOGRÁFICA

Se ofrece aquí un anticipo de mi monografía *Juicios y garantías procesales entre Antiguo Régimen y constitucionalismo en España*, que en la actualidad se encuentra pendiente de publicación.

Sobre el modelo procesal del *ius commune*, sigue siendo obra de consulta obligada SALVIOLI (1969). Pueden verse también, ALESSI PALAZZOLO (1979) (1987) y (2001), junto con CAMPITELLI (1987). Para la historia del proceso en Castilla, ALONSO ROMERO (1982) y (2001).

De extraordinario interés para la revisión de prejuicios historiográficos, ASTAING (1999) y MECCARELLI (1998).

Para el período gaditano, LORENTE SARIÑENA (1988) y MARTÍNEZ PÉREZ (1999). Para las alternativas anunciadas en Cádiz, CLAVERO (1992), (1997) y (2000) y MUÑOZ DE BUSTILLO (1998).

3. LA JUSTICIA ISABELINA

CAPÍTULO 7

JUSTICIA DESCONSTITUCIONALIZADA
ESPAÑA, 1834-1868

Marta Lorente
Catedrática Historia del Derecho.
Universidad Autónoma de Madrid

JUSTICIA DESCONSTITUCIONALIZADA
ESPAÑA, 1834-1868

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO: LA JUSTICIA *ISABELINA*. II. LECTURAS HISTORIOGRÁFICAS. 1. Del *resistible* ascenso de la ley y la administración: La *naturalización historiográfica* del proceso estatalizador isabelino. 2. Un punto de partida: Valoración del legado fernandino. III. ORDEN NORMATIVO Y JUECES ISABELINOS. 1. Preliminares. 2. De la "*volonté générale*" a la "*leyenda en que yace enseñamiento (...)*". 3. *A la búsqueda de la ley:* el drama diario del jurista isabelino. 4. Defensa y publicación de la ley. A) La publicación de las normas. B) La defensa de la ley. 5. Recapitulación. IV. EL *ESTADO DE LA ADMINISTRACIÓN* Y LA QUIEBRA DEL PARADIGMA JURISDICCIONAL. 1. Preliminares. 2. De la disolución de los consejos a la creación de la jurisdicción contencioso-administrativa (1834-1845): la gestión del binomio contencioso/administrativo. A) Los Decretos de Marzo (I): de lo contencioso/gubernativo. B) Los Decretos de Marzo (II): de la función *exclusivamente consultiva*. 3. Privilegios de la administración/privilegios de los administradores: la autorización para juzgar. 4. Recapitulación. ORIENTACIÓN BIBLIOGRÁFICA.

I. PLANTEAMIENTO: LA JUSTICIA *ISABELINA*

La muerte de Fernando VII implicó la cancelación de su *utopía reaccionaria,* respecto de la cual –se demostró– actuaba como condición de posibilidad. El maltrecho estado del legado institucional fernandino obligó a la Regente a ir más allá de las reformas que habían caracterizado la última etapa del reinado de su marido. María Cristina o, más que ella, su entorno, trataron de protagonizar una tímida apertura política destinada –sobre todo– a asegurar los derechos sucesorios la futura Isabel II frente a la amenaza que suponía la alternativa carlista.

Todo ello resulta demasiado conocido, por lo que bastará subrayar que la historia de la justicia comparte cronología con la más general o política en este específico caso. Hay, sin duda, un antes y un después de 1833/34, a pesar de que, como veremos, hombres, concepciones e, incluso, instituciones atravesaron esa barrera temporal reinstalándose más allá de la misma en virtud de mutaciones varias, siendo así que es precisamente el análisis de la naturaleza y caracteres generales de este proceso de acomodación de lo que se ocupará la presente sección, coincidente en todo punto con el reinado de Isabel II. No obstante, fechar los comienzos de esta nueva etapa de la historia de la justicia –ya exclusivamente peninsular– no implica cancelar otras interrogantes porque, nos deberíamos preguntar, ¿es posible hablar de una *justicia isabelina*?

Esta demanda no se basa en escrúpulos injustificados. Repárese en que –hasta aquí– hemos venido hablando de categorías y de dispositivos institucionales ajustados a las mismas, en definitiva, de *modelos* de comprensión de la justicia y no de conjuntos de disposiciones procedentes del titular o de los titulares del poder. Al mismo tiempo, aun cuando en otro orden de cosas, no se puede olvidar que los años que transcurrieron desde la muerte de Fernando VII hasta la expulsión de su hija en 1868 asistieron no sólo a revueltas y movimientos revolucionarios, sino a la aprobación de diferentes normas –más o menos– constitucionales de las que se puede extraer diferentes concepciones respecto de cómo debía configurarse y actuar la justicia.

Abundando en este último sentido, no nos debe extrañar que un sector de la historiografía haya optado por dividir el estudio de la historia de la justicia en periodos constitucionales. Sin embargo, hay argumentos que militan a favor de otra opción que, como todas o casi todas las cronológicas, deviene interpretativa, a saber: La más superficial lectura de la normativa isabelina nos demuestra que, lejos de tener valor constitucional, la mayor parte de las decisiones normativas que afectaron a la organización de la justicia fueron infraconstitucionales, e incluso, abiertamente infralegales, a lo que hay que añadir que la desvirtuación del proceso legislativo como consecuencia de la utilización de diferentes *técnicas* –leyes de bases, delegaciones legislativas, etc.– situó fuera del debate parlamentario, constituyente o no, la tramitación de todas o casi todas las reformas legales de interés para una historia de la justicia. En resumidas cuentas: sólo la expulsión de Isabel II permitió que, en 1870, se aprobase una Ley reguladora de la justicia que se entendiera y presentase a sí misma como una derivación de la Constitución.

La baja calidad de las normas reguladoras de la justicia a lo largo del reinado isabelino nos lleva a proponer la siguiente valoración: *Con independencia de los vaivenes constitucionales, el reinado de Isabel II determinó un importante capítulo de la historia de la justicia en la medida en que actuó como marco de un proceso de estatalización y desapoderamiento de la misma relativamente homogéneo. Este proceso, sin atender ni depender de Constitución alguna, transformaría por completo esa plurisecular comprensión e institucionalización de la justicia de la que venimos dando cuenta hasta aquí.*

En principio y –sólo– aparentemente, la anterior afirmación tampoco comporta una especial novedad. Historiadores de todo tipo y condición nos vienen hablando desde hace ya tiempo de la formación del Estado identificándolo o, mejor, adjetivándolo con el término *isabelino*, debido –entre otras cosas– a que se

tiende a equiparar por completo con los orígenes de la llamada Administración contemporánea. Hemos de advertir, sin embargo, que pocos son los que compartirían el siguiente diagnóstico sobre la suerte de la justicia en tiempos de Isabel II: *A partir 1833, no antes, en España se gesta un cambio brutal de paradigma que destrozará el modelo jurisprudencial de resolución de conflictos que había imperado hasta entonces, siendo sustituido a partir de 1845 por otro bien distinto, al cual, desde ahora, denominaremos administrativo.*

No nos detendremos en el análisis del término *administrativo*, ya que éste es precisamente el objetivo de estas páginas; no obstante, debemos recordar que por *resolución de conflictos* nos estamos refiriendo aquí a los gestados en los diferentes planos u órdenes que, *grosso modo,* se corresponderían con los actuales legislativo, judicial y ejecutivo. O, expresado de otra manera: La comprensión y gestión del poder político en términos *jurisdiccionales* propia del Antiguo Régimen o, en sentido similar aunque no idéntico, consustancial a otros modelos constitucionales (como p. e., el inglés o el nuestro gaditano), no debe confundirse con lo que en numerosos países del continente europeo, entre los que podemos situar al nuestro, llegó a definirse después de la Revolución francesa como función judicial sometida a ley, independientemente de la legitimación, naturaleza y caracteres del órgano o los órganos a quienes se atribuyera su ejercicio (1).

Vistas las cosas desde esta perspectiva, en el presente capítulo fijaremos (a) los que consideramos caracteres básicos del orden normativo que debía presidir la labor del juez isabelino, tratando (b) de identificar las cuáles fueron las claves principales que explican la (re)ubicación de la justicia en el seno de la nueva organización estatal. No obstante, antes de entrar en el

(1) Un ejemplo clásico: DUGUIT, L., La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789, (presentación y traducción de P. PÉREZ TREMPS), Madrid 1996.

análisis de ambas cuestiones se impone introducirlo con un breve comentario historiográfico debido a que nuestra interpretación hace bien poco uso de las convenciones manejadas mayoritariamente por la historiografía.

II. Lecturas historiográficas

1. *Del* resistible *ascenso de la ley y la administración: La* naturalización historiográfica *del proceso estatalizador isabelino*

La historia legal e institucional del reinado isabelino ha atraído a historiadores procedentes de disciplinas académicas distintas. De un lado, los historiadores de la política y de la sociedad del XIX español se ven –casi– forzados a interesarse por el aparato estatal y su legislación, ya que no pueden evitar toparse con ellos de continuo. De otro, juristas de diferente signo se han venido ocupando de la historia del constitucionalismo, de la codificación y del estado decimonónicos, debiéndose destacar además que un importante sector se ha esforzado en historiar no sólo los orígenes de la administración sino los de su propio saber o ciencia, el Derecho administrativo. En otro orden de cosas, y aunque sólo sea a muy a grandes rasgos, también puede afirmarse que los presupuestos básicos de la comprensión de la historia decimonónica de los derechos, de las normas y del Estado han sido fijados básicamente por la historiografía jurídica; sus construcciones, interpretaciones e, incluso, polémicas, pueden rastrearse en las obras de todos o casi todos los historiadores del periodo, independientemente de la disciplina con la que estos últimos –más o menos– se identifiquen o ubiquen.

El monopolio interpretativo detentado por los historiadores/juristas trae causa de la siguiente consideración: Son ellos quienes deben, porque pueden, hacer historia de lo que –con demasiada ligereza– se suelen considerar cuestiones o proble-

mas *técnicos*. Así, por ejemplo, son muchos los historiadores que se interesan por las discusiones parlamentarias o por el análisis de la corrupción electoral, pero sólo a los juristas les preocupa determinar la naturaleza y características de las leyes electorales o reglamentos parlamentarios; de igual manera, el análisis sociológico de diferentes grupos profesionales se está imponiendo con fuerza en las últimas décadas, pero sólo a los juristas les importa analizar la interpretación o doctrina que el importante colectivo formado por jueces y magistrados fue fijando en sus sentencias a lo largo del siglo.

Los ejemplos se podrían multiplicar arrojando siempre un idéntico o similar balance: *Ha sido la historiografía jurídica la que ha venido definiendo qué debe entenderse por términos tales como derechos, ley, decreto, Código, sentencia, etc.* o, *incluso, por otros más –aparentemente– complejos como pueden ser los de jurisdicción administrativa, Constitución, Administración y/o Estado.* Con ello no pretendemos afirmar que exista una y sólo una interpretación de la historia constitucional o de la correspondiente a la evolución del derecho y del Estado decimonónicos, pero no creemos exagerar si afirmamos que todos o casi todos los autores comparten una serie de presupuestos de partida que aquí hemos querido resumir y, sobre todo, calificar, con la expresión *brechtiana* que intitula el presente epígrafe: *el resistible ascenso de la Ley y de la Administración.*

El lector no se engaña si advierte que la expresión contiene una larvada crítica que requiere una explicación más detallada, ya que nadie puede dudar que el siglo XIX fue testigo de la configuración de la Administración tal como la hemos llegado a entender y del triunfo del que fuera considerado la ley por excelencia, el Código. Pero lo que nos suelen decir sus estudiosos es que el siglo XIX era, porque *debía ser*, el siglo no sólo de las Constituciones, sino fundamentalmente de los Códigos y de la Administración, la de justicia incluida, independientemente de que unos y otros adviertan de la existencia de políticas insuficientes, erradas o, sobre todo, huérfanas de legitimación democrática. De ahí que expresiones –bastante comunes por cierto– tales como *la lentitud* de la Codificación española, la *incompetencia* de la justicia lega, la *lucha* por la separación de lo contencioso y gubernativo, la *confusión* de poderes que representa la existencia de la figura del Alcalde/juez, etc., aparezcan como descripciones cuando son valoraciones –predatadas– que tienen mucho de proyección de categorías.

Mediante este tipo de operación, la historiografía jurídica, con su deriva potencialmente expansiva y, si se nos permite, un tanto contaminante, ha fijado en los orígenes muchos caracteres de productos ya acabados, bloqueando la posibilidad de convertirlos en objeto de investigación histórica. Hay así un concepto de ley, función pública, competencia del juez o, incluso, de separación de poderes, que preceden a sus particulares –y complicadísimas– historias, sin que por regla general se reflexione en profundidad no sólo respecto del obstáculo epistemológico que supone la proyección de conceptos sino de sus consecuencias valorativas. Porque, cuando nos referimos al *resistible ascenso* no estamos calificando la historia de la ley y/o de la Administración, sino *la responsabilidad atribuible a la historiografía jurídica en la naturalización del proceso centralizador decimonónico, la cual, por otro lado, constituye uno de los presupuestos ideológicos de nuestra actual cultura jurídica*. Esta, y no otra, es nuestra –particular– versión de Arturo UI.

Cierto es que esta –genérica– crítica historiográfica resulta injusta por cuanto que diseña una imagen en la que ningún autor se reconocería, pero hemos exagerado un tanto su descripción debido a que, leída en negativo, constituye el núcleo básico de nuestra interpretación de la historia de la justicia isabelina en la medida en que propugnamos que sólo haciendo una historia genética los dispositivos institucionales y culturales se puede poner –algún que otro– freno a la *naturalización historiográfica del proyecto estatal isabelino*, respecto de la cual, por cierto,

la cultura constitucional española se viene desprendiendo con bastante dificultad e innegable lentitud.

2. *Un punto de partida: Valoración del legado fernandino*

Nuestra propuesta interpretativa arranca de una muy particular lectura del estado de las cosas a las alturas de la muerte de Fernando VII. En la medida en que mantenemos que la herencia recibida por los operadores isabelinos tenía una naturaleza eminentemente jurisdiccional, de ello colegimos que las transformaciones realizadas a lo largo del reinado deben comprenderse en clave de ruptura brutal con la tradición cultural e institucional precedente, la cual, por cierto, incluía el propio legado constitucional gaditano como hemos podido comprobar en el capítulo 5. Ahora bien, esta valoración es insuficiente ya que hasta ahora no hemos dado cuenta de una última –y muy necesaria– pieza, porque ¿cuál es el lugar que, en el seno de esta compleja herencia jurisdiccional, ocuparon las reformas que dieron cuerpo a la famosa *utopía reaccionaria* con cuyo recuerdo hemos comenzado este capítulo?

Muchos son los que mantienen que las reformas isabelinas no fueron sino una suerte de continuación de las ya introducidas a lo largo de la década ominosa. Así, la división de España en provincias, la creación del Ministerio de Fomento y la implantación de sus Subdelegados, la promulgación del Código de Comercio, la creación de la Superintendencia de Policía, etc. han sido comprendidos como una suerte de pistoletazo de salida del Estado contemporáneo. Sin embargo, la soledad del Código de Comercio y el fracaso del Penal nos impiden hablar de cambios profundos en el estado de la legislación, de la misma manera que la creación del Ministerio de Fomento o de la Superintendencia de Policía no dinamitó la estructura corporativa, ya que ni se disolvieron los antiguos Consejos, ni se jerarquizaron las corporaciones municipales, llegando a darse el caso de que

ciertas corporaciones, como las Juntas vascas, fortalecieron su espacio corporativo al hacerse con la gestión de las nuevas competencias de la Policía.

Aun cuando descontemos los fracasos y reconozcamos la importancia de los cambios institucionales y/o normativos fernandinos, lo cierto es que todas las reformas ensayadas o puestas en planta a lo largo de la década ominosa no llegaron a transformar la naturaleza del complejo cultural e institucional gestionado –malamente– por Fernando VII, sino que, a lo sumo, se instalaron en su seno buscando la convivencia con instrumentos y concepciones de corte jurisdiccional y corporativo. No nos debe resultar extraño que viajeros como R. Ford, quien recorrió el país entre 1830 y 1833, advirtiese a sus compatriotas que el término España era muy conveniente para geógrafos pero no para los viajeros, que mejor hacían entendiéndolo como una *simple suma de localismos* debido a que,

> «(…) sería muy difícil afirmar una cosa por sencilla que fuera de España o los españoles que pudiera ser aplicable a todas sus heterogéneas partes» (2).

Ya más en concreto para lo que aquí interesará, la compleja herencia fernandina contenía, *grosso modo*, tres tipos diferentes de bienes, a saber: un inmenso legado normativo, un particular aparato institucional y una serie de dispositivos culturales e institucionales de factura muy antigua gracias a los cuales se gestionaba el funcionamiento del conjunto. Los dos primeros grupos poseían una naturaleza bastante similar debido a que respondían a una misma lógica: Así, de la misma manera que miles de disposiciones procedentes del pasado se acumulaban en colecciones, repertorios, recopilaciones e, incluso, archivos,

(2) FORD, R., *Cosas de España. Aventuras de un inglés por la Península Ibérica de mediados del siglo XIX*, (con prólogo de E. SOLED), Madrid 2004, págs. 33-34.

entendiéndose en su mayoría vigentes, el aparato institucional puede contemplarse como un abigarrado –por desorganizado– conjunto de autoridades y/o empleados públicos formado no sólo por Consejeros, Magistrados, Fiscales, Secretarios de Estado y Despacho, Subdelegados de Fomento etc., sino también por oficiales de las Secretarías y de los tribunales, cargos vendidos, provinciales y municipales, diferentes cuerpos militares y eclesiásticos, empleados de hacienda, de correos, arrendadores de impuestos, y cómo no, cesantes, supernumerarios, jubilados, pensionistas, etc.

Las señales que emiten estos dos conjuntos son las de *indeterminación, heterogeneidad y ausencia de jerarquización* de hombres, territorios, instituciones y normas, lo que nos lleva a reflexionar sobre lo inmanejable de su gestión leída en términos actuales. Pero es aquí donde entra a jugar el tercer grupo de bienes, ése que hemos definido como *dispositivos culturales e institucionales,* cuyo análisis nos permite explicar las claves del funcionamiento de este conjunto normativo e institucional que heredarán los isabelinos. Traducidas, las dos más relevantes para estas páginas serían las siguientes: En primer lugar, debemos entender que la ausencia de normas generales, ciertas y accesibles, no se traducía en pura anarquía o desvinculación absoluta de autoridades y empleados públicos respecto de aquellas debido a que el desorden no implicaba inexistencia de responsabilidad sino que, bien al contrario, todos y cada uno seguían respondiendo de sus actuaciones con su vida y con su hacienda. Y, en segundo, que la dicha ausencia justificaba que, en último extremo, el ámbito de la actuación jurisdiccional de las diferentes autoridades y empleados públicos se podía y debía delimitar conflictualmente.

Hay infinidad de ejemplos que documentan lo afirmado; en aras de la brevedad, nos contentaremos aquí con insistir en lo ya sugerido: Las reformas realizadas por el inconstitucional Fernando VII en la última etapa de su reinado no consiguieron mutar la naturaleza esencialmente jurisdiccional y corporativa

de ese legado plurisecular del que venimos hablando. Esta (re)calificación de la situación a las alturas de 1833/34 constituye un necesario punto de partida debido a que sobre este añejo conjunto de hombres, situaciones, instituciones e ideas actuarán las reformas isabelinas con desigual fortuna, ya que sin llegar a solucionar la problemática normativa (a), implicaron no tanto una reforma de la administración heredada cuanto la creación –no parlamentaria– de otra muy distinta, en el seno de la cual se instaló, por absorción y disminuida, la justicia (b).

Veámoslo con cierto detenimiento.

III. Orden normativo y jueces isabelinos

1. Preliminares

Hablando de jueces, normas y de vinculación de los primeros a las segundas, pocos son los juristas que se resisten a rememorar las gloriosas jornadas parlamentarias en las que los diputados de la Asamblea Nacional francesa discutieron la famosa ley de 16-24 de agosto de 1790. Los nuevos jueces, dijeron los diputados, que nada tenían que ver con los odiados y privilegiados parlamentarios, debían hacer real el axioma ilustrado y convertirse en la boca que pronuncia las palabras de la ley: "(...) *dans un état qui a une constitution, une législation, la jurisprudente des tribunaux n´est autre chose que la loi; alors, il y a toujours identité de jurisprudence*", señaló tajante Robespierre. En otro orden de cosas, y aun cuando con un cierto –bastante– retraso respecto de los acontecimientos y sentir revolucionarios, se llegó a entender que la ley por excelencia era la obra codificada. La conversión de los jueces –y de los juristas– en dóciles funcionarios de la ley se debió más a la inestimable contribución de Napoleón que a la Revolución francesa, siendo además el verdadero artífice de la obra codificadora y, sobre todo, del primero de los Códigos, el Civil que porta su nombre.

Del otro lado de los Pirineos, todas las Constituciones decimonónicas españolas, arrancando desde la primera gaditana, repetirán una y otra vez el deseo de que unos solos Códigos rigieran en toda la Monarquía. Como quiera que el deseo no se llegó a materializar a lo largo de casi todo el XIX, los diferentes operadores políticos y jurídicos tuvieron que lidiar con una legislación que consideraban confusa y caótica. Aquellas declaraciones constitucionales, coincidentes en todo punto con las críticas formuladas por conocidos autores decimonónicos, han servido a un buen número de historiadores para identificar la historia normativa decimonónica con la de los avatares del –conflictivo– proyecto codificador completado –deficientemente– en 1889 en virtud de la entrada en vigor del Código civil.

Si aceptásemos abundar en esta perspectiva, el presente epígrafe se podría saldar haciendo una breve historia de los trabajos de las diferentes grupos de expertos a quienes se encargó la reforma de la legislación, destacando sobre todo el protagonismo de las cuatro comisiones generales de codificación que se reunirían a lo largo del reinado de Isabel II. Sin embargo, creemos que la identificación de una y otra historia, la del orden normativo y la del proyecto codificador, resulta no sólo insuficiente por desenfocada, sino inútil para servir a una historia de la justicia. No es el Código o los Códigos entendidos como obras *técnicas* lo que interesa a esta última debido a que, entre otras muchas cosas, resulta difícil hablar de la historia de la codificación sin desentrañar una primera y necesaria premisa porque, si los Códigos no son ni más –ni menos– que una Ley, deberíamos tratar primero de contextualizar el significado del término ya que ¿estamos seguros de saber qué es lo que se entendió por ley a lo largo del reinado isabelino?

2. *De la* "volonté générale" *a la* "leyenda en que yace enseñamiento (...)"

> «La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement ou par leurs

> représentants à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse».

En este famoso artículo de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se condensa uno de los cambios de paradigma más significativos de la historia del Derecho occidental. Por ley, a partir de entonces, se va a poder entender *exclusivamente* el resultado de una decisión adoptada por una Asamblea de representantes elegidos por todos los ciudadanos; al mismo tiempo, a dicha decisión parlamentaria se le atribuirán una serie de caracteres de entre los que destacan su necesaria generalidad, su poder derogatorio y su siempre exigible publicidad.

La ley, hecha por los representantes de todos, debía ser aplicable a todos y conocida por todos, sin que cupiese posibilidad alguna de paralizar su vigencia mediante la alegación de privilegios personales o territoriales. Pocos ejemplos ilustran mejor lo afirmado que la famosa Ley de 30 de Ventoso del año XII (21 de marzo de 1804), cuya entrada en vigor significó la abrogación de todas las "leyes romanas, las ordenanzas, las costumbres generales o locales, los estatutos y los reglamentos" en todas las materias tratadas por el nuevo Código civil. Atravesada la barrera que ante el pasado levantó la Revolución francesa, la ley ya no podía ser identificada con cuerpos jurídicos de Emperadores orientales y Papas occidentales, ni con colecciones o recopilaciones de privilegios estamentales o corporativos, ni con decisiones adoptadas en el pasado por diversos titulares del poder político, ni, por supuesto, con jurisprudencia de autores que daba sentido a todo el conjunto. La propia idea de positivación de un orden indisponible que había legitimado hasta 1789 buena parte de lo que desde hoy podemos considerar como actividad normativa constituía el negativo de la nueva percepción revolucionaria; la voluntad general no podía entenderse limitada por la historia, ya que, en principio, sólo los derechos individuales debían constituir una barrera infranqueable.

Son bien conocidas las limitaciones de ese "todos" revolucionario en el que no habían cabido mujeres o sirvientes domésticos y que, en principio, contaba además con la limitada participación del Rey. A ello habría que sumar que a lo largo del siglo XIX se ampliaría dicha participación y, sobre todo, que el contenido del término voluntad general se hará más y más virtual debido a la introducción y mantenimiento del sufragio censitario. A pesar de todo ello, teóricos de diferente signo tratarán desesperadamente de justificar la compatibilidad de las restricciones con el mantenimiento en términos formales de lo que en su virtud devino simple ficción legitimadora de la producción normativa; valgan como ejemplo las palabras de B. Constant:

> «Nuestra Constitución actual reconoce formalmente la soberanía del pueblo, es decir, la supremacía de la voluntad general sobre todas las particulares. Este principio, que no puede ser contestado, se ha querido oscurecer en nuestros días, y los males que se han causado con los delitos cometidos bajo el pretexto de ejecutar la voluntad general, han dado una fuerza aparente á los raciocinios de los que quieren asignar otro orígen á la autoridad de los gobiernos (...) La ley debe ser la expresión de la voluntad de todos ó de la de algunos. ¿Y cuál sería en este segundo caso el orígen del privilegio exclusivo que se concediese á este pequeño número? Si se dice que es la fuerza, como que no pertenece sino á aquel que se apodera de élla, no constituye un verdadero derecho; y si se ha de conocer como legítima, élla tendrá este carácter, sean las que quieran las manos que la empleen: de donde nace por consecuencia necesaria que cada uno podrá ser conquistador cuando le acomode. Pero si se supone que el poder de un corto numero queda sancionado por todos, entonces ya llega á ser voluntad general» (3).

(3) CONSTANT, B., *Curso de política constitucional*, (traducido libremente al español por D. Marcial Antonio LÓPEZ), t. I, Madrid 1820, págs. 1-2.

Pero no es el análisis de la legitimación democrática de la ley decimonónica entendida como expresión de la voluntad general lo que nos importará aquí, sino sólo el correspondiente a su dimensión *formal*. Porque, fuera cual fuera la amplitud del sufragio y de la participación de Reyes, Emperadores o simples ministros en el proceso legislativo, la comprensión del concepto "voluntad general" en términos virtuales permitió que por ley se pudiera entender en casi toda la Europa continental "decisión parlamentaria de alcance general", no debiéndonos extrañar que, muchos años después de 1789, uno de los mejores publicistas franceses retomara la expresión de la Declaración en una famosísima obra para hablarnos de la ley y de su régimen (4).

Todas las Constituciones decimonónicas, incluyendo las Cartas otorgadas, definieron sus particulares opciones políticas fijando las reglas del procedimiento legislativo. Ahora bien, y por supuesto sin negar su relevancia, toda esta normativa constitucional o, incluso, su incumplimiento, nos dice bien poco sobre *el proceso y grado de interiorización que del concepto de ley formal se operara en el seno de la cultura política y jurídica de los diferentes países europeos*. Una interiorización que alcanzaría a principios del siglo pasado en discursos como el de Carré de Malberg su expresión más rotunda cuando, tratando de hacer frente a la –nada inocente políticamente hablando– publicística alemana, defensora de un concepto material de ley, que su fuerza derivaba directamente de su origen y respondía en exclusiva a causas formales ya que ellas "(...) *proviennent de la supériorité propre à la volonté de l'organe lègislatif statuant législativement*" (5).

Los vaivenes constitucionales franceses, tan similares por cierto a los españoles, no impidieron que en la Francia decimo-

(4) CARRE DE MALBERG, R., *La loi, expresión de la volonté générale*, 1930 (ed. fotostática de G. BURDEAU, Paris 1984).

(5) CARRE DE MALBERG, R., *Contribution a la théorie générale de l'État*, t. I, Paris 1920, pág. 371.

nónica triunfara el concepto formal de ley con todo lo que ello conlleva respecto de la comprensión de los derechos y la organización de los poderes del Estado. Muy distinta será sin embargo la historia de la percepción española, y de ello no puede responsabilizarse a la lentitud de la codificación; es más, podría incluso afirmarse que la incapacidad de asumir el nuevo concepto de ley nacido de experiencia revolucionaria francesa colaboró no poco en su retraso. Porque, por mucho que nos empeñemos, resulta prácticamente imposible localizar en las obras de los más significativos jurisconsultos del reinado isabelino en particular, y del Ochocientos en general, una definición formal de ley. Una y otra vez los diferentes autores definen lo que es una ley sin hacer alusión alguna al órgano que debía aprobarla, limitándose a remitir y reproducir un famoso pasaje de las Partidas. Así, por ejemplo, J. Sala sostenía en su obra que por ley, en castellano, debía entenderse:

> «*Leyenda en que yace enseñamiento e castigo, he escrito, que liga e apremia la vida del hombre que no faga mal, e muestra e enseña el bien que el hombre debe facer e usar*» (6).

Aun cuando la explicación de textos como éste podría atribuirse a la inercia, un tanto inconstitucional pero, en definitiva, reflejo de una sociedad y de un país resistente al cambio, la persistencia de concepciones antiguas que monopolizó la cultura española a lo largo de todo el Ochocientos resulta sorprendente. Incluso los más renovadores juristas españoles se mantuvieron en un único contexto discursivo dominado por la tradición, una tradición que entendía, por ejemplo, que el Derecho civil "*(...) era preexistente ó anterior á los Códigos*" (7). Frente a la ley entendida como expresión de la voluntad general, nuestros autores defendieron la concepción alfonsina, propia de un mundo y de una cultura demasiado lejanos y, más que eso, refractarios a la política del derecho que se supone debía corresponder al Estado liberal; el monopolio de la creación y gestión de la ley no entraba precisamente en la agenda del Rey Sabio ni en la de sus colaboradores, empeñados como estuvieron en escribir un tratado de Derecho común en castellano.

(6) SALA, J., *El Derecho real de España*, Madrid MDCCCXX, pág. 4.

(7) COLMEIRO, M., *Derecho administrativo español,* Madrid, s.d., I, pág. 29.

El profundo historicismo del que hicieron gala los juristas decimonónicos no sirvió para convertirlos en una versión española de la famosa Escuela Histórica alemana, ya que la mayoría se limitó a cultivar una particular suerte de *ius commune* epigonal no identificable precisamente con una renovadora reflexión científica sobre el derecho. Dado el marco, no nos debe extrañar que a lo largo del siglo XIX por Código se entendiesen no sólo las Partidas, sino la "Nueva y Novísima Recopilación, los *Usatges* y *altres drets* de Catalunya, el Código de las costumbres de Tortosa, los Fueros y Observancias aragoneses o la Novísima Recopilación de Navarra". No somos nosotros quien hacemos la equivalencia, sino que es exclusiva responsabilidad del famoso J.M. Antequera, quien *casi a finales de siglo* no era capaz de diferenciar los Códigos bávaros, austriacos y prusianos del Setecientos de la obra codificadora napoleónica, a pesar de que -aparentemente- manejaba la dicotomía codificación antigua/moderna (8).

Recapitulemos. A pesar de que las diversas Constituciones que rigieron a lo largo del reinado de Isabel II especificasen cuál era el procedimiento legislativo y que deseasen al mismo tiempo la unidad de Códigos, a las alturas de 1868 todos o casi todos los operadores jurídicos seguían manteniendo una comprensión historicista del término ley y, consecuentemente, del propio Código. Las consecuencias jurídicas de esta *apuesta*

(8) ANTEQUERA, J.M., *La Codificación moderna en España*, Madrid, 1886.

política no se le pueden escapar a nadie, ya que si la historia pudo ser entendida como una fuente inagotable de disposiciones de todo tipo potencialmente vigentes, el problema estaba servido porque ¿cuáles –de entre ellas– debían ser consideradas aplicables?

3. A la búsqueda de la ley: *el drama diario del jurista isabelino*

> «*Nuestro objeto en este artículo es solamente indicar, porque otra cosa no es posible, el orden de prelación en la aplicación de las leyes y de las diversas compilaciones legales. Estas son muchas (...) las leyes no recopiladas o posteriores a la Novísima Recopilación (...) la Novísima Recopilación (...) El Fuero Juzgo, el Fuero Real y los Fueros Municipales (...) Las Partidas (...) el Código penal de 1848, el Código de Comercio de 1829; la ley de Enjuiciamiento Mercantil de 1830 y las no pocas leyes novísimas que se registran en los 96 tomos de la Colección legislativa (...) y el Derecho canónico, y el Derecho militar y el Derecho colonial (...)*» (9).

Éstas son las desconsoladas palabras con las que el gran compilador del siglo, M. Martínez Alcubilla, describía el estado de la legislación española. A lo largo de todo el Ochocientos, y por más motivos durante el periodo isabelino, la tarea fundamental de juristas y jueces fue la de *encontrar* la norma, que no la ley, aplicable al caso que les ocupara. Dicho de otro modo: cualquier operador jurídico entendió que su principal labor consistía en encontrar y justificar la vigencia de la norma aplicable al caso. Así, por ejemplo, se expresaba S. Herrero pocos años antes de la entrada en vigor del Código civil:

(9) MARTÍNEZ ALCUBILLA, M., *Biblioteca de Juzgados de paz y Diccionario Manual de Legislación y Jurisprudencia,* Madrid 1865, págs. 260-261.

> «*Insertamos á continuación la célebre ley 21, 2 de la Partida primera, que algunos creen vigente fundándose en que por ninguna otra ha sido expresamente derogada; y que nosotros creemos que lo está por el espíritu de la legislación moderna*» (10).

La incerteza caracterizó como ninguna otra cosa la vida jurídica del Ochocientos español, siendo la primera de sus causas lo ya expuesto hasta aquí: a diferencia de lo ocurrido en Francia, en ningún momento se entendió derogado en todo o en parte el legado normativo del Antiguo Régimen. Cierto es que siempre se entendió que la norma posterior derogaba la anterior, pero cierto es también que a aquella inmanejable herencia se le fueron añadiendo multitud de otras piezas –normativas– procedentes de los diferentes periodos constitucionales, las cuales aparecían y desaparecían del horizonte a impulsos de los cambios políticos. Y afirmamos que se fueron añadiendo porque poco importaba cuál fuera la procedencia y cronología de los añadidos, ya que a todos los textos, antiguos o modernos, se les concedió un mismo o similar valor. No encuentro mejor ejemplo de lo afirmado que el abuso que los diferentes parlamentos isabelinos hicieron de una extraña técnica legislativa en virtud de la cual se vivificaba la vigencia de normas anteriores derogadas o simplemente olvidadas, llegándose a dar el caso de revitalizar muchas disposiciones recopiladas. Un inmenso depósito de textos se mantuvo en un estado de vigencia latente a lo largo de todo el Ochocientos, dispuesto a *revitalizarse* en cualquier momento de la mano tanto de la decisión política cuanto de la interpretación jurídica de naturaleza historicista.

Así las cosas, juristas y jueces debieron tratar de *ordenar* ese inmenso conjunto de textos estableciendo una jerarquía entre

(10) HERRERO, S., *El Código civil español. Recopilación metódica de las disposiciones vigentes anotadas con arreglo á la Jurisprudencia del Tribunal Supremo,* Valladolid 1872, pág. 4.

ellos, ya que las normas que lo componían eran lógicamente contradictorias. Negado el valor normativo de los textos constitucionales isabelinos, y a falta de mecanismos derivados de la asunción de un nuevo concepto de ley, el instrumento jerarquizador utilizado por unos y otros fue el procedente de una fantástica desvirtuación histórica: nos estamos refiriendo a la utilización decimonónica del famoso "orden de prelación de fuentes" que –supuestamente– estaba contenido en el Ordenamiento de Alcalá de 1348. Y afirmamos que el uso de dicho orden constituía una desvirtuación histórica debido a que en su día pretendió servir para ordenar jurisdicciones, no normas, deviniendo inservible por completo en un mundo en el que se entendió que el Estado monopolizaba la producción normativa.

Además de lo que pueda inferirse de lamentos como los de Martínez Alcubilla, la jurisprudencia de los tribunales nos demuestra la extensión y magnitud del problema. El Tribunal Supremo se hartó de recordar una y otra vez no sólo que una norma posterior derogaba a la anterior, sino que un Real Decreto o una Real Orden no podía derogar una ley, lo que nos demuestra que resultaba ser práctica habitual hacer lo contrario. El orden normativo decimonónico no puede comprenderse atendiendo a cronologías y menos a tipologías, ya que éstas significaron bien poco. En definitiva, *el orden, que no sistema, normativo decimonónico fue indeterminado en sus confines y absolutamente plano en su configuración, por lo que la búsqueda de la norma y la justificación de su vigencia resultaron ser la primeras, y muchas veces casi únicas, actividades científicas e interpretativas asumidas y desarrolladas por juristas y jueces isabelinos.*

4. *Defensa y publicación de la ley*

La comprensión de la ley como expresión de la voluntad general llevó a la Asamblea francesa a idear instrumentos para

asegurar su publicación y defensa. Si la ley afectaba a todos, debía ser conocida por todos y aplicada a todos por igual. La historia de la promulgación/publicación de la ley en Francia, así como la de la motivación de sentencias y la organización de la casación, han ocupado la pluma de muchos investigadores, sin que podamos aspirar a hacer siquiera un resumen de todo ello. Nos contentaremos por tanto con reflexionar brevemente sobre esos dos importantes capítulos que interesan a la historia del régimen de la ley en la España isabelina, por cuanto que, se supone, la actividad de los jueces debía coincidir exactamente con la *aplicación* de normas vigentes previamente conocidas.

A) *La publicación de las normas*

La historiografía jurídica ha circunscrito la historia de la publicidad normativa a dos grupos distintos de problemas, ambos vinculados a una supuesta *influencia francesa.* Se nos dice, de un lado, que las confusas relaciones existentes entre la promulgación y la publicación de las normas provienen de la asunción de categorías galas y, de otro, que la dicotomía progresiva/simultánea que afecta a la determinación de entrada en vigor de las normas también tiene su origen en el Código napoleónico. Quien nos haya seguido hasta aquí podrá imaginar que estas cuestiones poco tienen que ver con la historia normativa decimonónica española, ya que están intrínsecamente relacionadas con una muy determinada forma de *ver* lo que es una ley, la cual comportó y comporta una serie de consecuencias políticas e institucionales que desbordan por completo su apariencia jurídica.

Hemos intentado identificar los que creemos fueron los caracteres básicos del orden normativo isabelino, sin entrar en el análisis de unò bien principal: el acceso al conocimiento de las normas y, consecuentemente, la determinación de su entrada en vigor. Pues bien, la historia isabelina de estas dos cuestiones

no hace sino confirmar lo ya expuesto, ya que las dificultades creadas por el volumen e inexistente jerarquización de la normativa se corresponden con el débil diseño de los instrumentos utilizados para hacerla accesible.

A las alturas de 1833, el conocimiento de las normas se suponía garantizado por dos instrumentos de factura muy antigua. De un lado, autoridades y empleados públicos de todo tipo *recibían* las disposiciones que debían poner en planta, acusando recibo de la disposición, el cual, por cierto, servía para determinar su vinculación y, por tanto, su responsabilidad. De otro, la población accedía al conocimiento de las normas a través de las lecturas públicas, esto es, a través de lo que ahora denominamos publicación material. Finalmente, en el legado fernandino se incluían unos especiales instrumentos materiales, los llamados Boletines provinciales, que habían sido creados para ayudar a los Subdelegados de Fomento en sus tareas de gobierno. Tanto estos Boletines como la famosa Gaceta no fueron concebidos como órganos de publicación –formal– de normas, aunque circulasen muchas, sino como vehículos destinados a mejorar la ilustración de autoridades y ciudadanos.

Los problemas causados por la *recuperación* de la normativa doceañista a partir de 1836 obligaron a las Cortes a tratar de definir *cuándo* debía entenderse que una norma entraba en vigor y, por tanto, obligaba a unos y a otros. Una serie de consultas del Tribunal Supremo exponiendo al legislativo sus dificultades fueron respondidas en una ley de 1837, que fue la primera que introdujo en España un sistema de publicación formal, entendiendo que las normas obligaban *sólo* después de su inserción en una publicación oficial. Ahora bien, las Cortes de 1837 decidieron que los órganos de publicación debían ser los Boletines, no la Gaceta, por lo que, desde entonces y hasta 1889, el ámbito de publicación de las leyes y otras normas fue el provincial, y no el nacional. Al mismo tiempo, y a pesar de la entrada en vigor de esta ley, las diferentes autoridades y empleados públicos se resistieron a sentirse vinculadas por la inserción de las

normas en los Boletines, reclamando una y otra vez el envío particularizado de las disposiciones. Así se mantuvieron las cosas hasta 1851, fecha en la que un famoso Real Decreto pretendió cortar definitivamente con ese tipo de prácticas, demostrando, al mismo tiempo, que la *distribución* jerarquizada de disposiciones y sus consecuentes acuses de recibo continuaban gozando de muy buena salud por aquellas fechas.

El reinado isabelino arroja un saldo absolutamente negativo en el capítulo de la publicación de las normas. El más ligero análisis de los Boletines nos demuestra que la mayoría de las veces las leyes no se insertaban en ellos, o lo hacían parcialmente y, sobre todo, que las fechas de publicación nunca coincidieron. Si a todo ello sumamos que las empresas –privadas– que gestionaban los Boletines quebraban, que no se coordinaban con las diversas instituciones y, sobre todo, las inmensas dificultades que rodearon su circulación, debemos concluir que tanto el acceso al conocimiento de las normas cuanto la determinación de la fecha de entrada en vigor de las mismas fue, cuando menos, aleatorio. No es de extrañar que jueces y tribunales reclamasen de los particulares la prueba del derecho, no sólo del hecho, y que, como denunciaran muchos, el propio Tribunal Supremo no dispusiera de normas básicas para el ejercicio de su función jurisdiccional a lo largo de todo el periodo.

Ahora bien, esta situación puede entenderse como causa, pero también como consecuencia, de esa concepción historicista que dominó el panorama jurídico isabelino. Para hacer justicia, los antiguos cuerpos sobraban y bastaban, aun cuando respondieran a una lógica por completo distinta a la que se suponía debía animar la administración de justicia isabelina. Por todo ello, los cambios no operaron tanto en el ámbito de la reforma de la legislación cuanto en el correspondiente a la articulación del aparato de justicia, lo que, a su vez, bloqueó la posibilidad de diseñar de instrumentos eficaces para controlar la vinculación de los jueces a las normas en defensa de la ley.

B) La defensa de la ley

La Constitución de 1791 incorporó lo ya discutido previamente en la ley de 1790, ya que llamó a la creación de un tribunal de casación y a la obligación de motivar las sentencias. La historia de la Corte de Casación francesa es larga y complicada, destacando sobre todo la desaparición del famoso instrumento del *referé legislatif* que operó una importante transformación de esa Corte que la revolución situara *auprès* del cuerpo legislativo. Nada similar nos encontramos en la historia constitucional española, por mucho que el panorama judicial de uno y otro país se llegasen a asemejar a finales de siglo.

De la Monarquía Católica se había heredado la prohibición expresa de motivar sentencias que los constituyentes gaditanos no tuvieron a bien suprimir, al mismo tiempo que tampoco pretendieron convertir el nuevo Tribunal Supremo en una Corte de casación. Hay que esperar a 1838 para que se obligara al Tribunal Supremo a motivar sus sentencias, aun cuando el recurso de nulidad regulado por la ley que portó tal nombre no lo convirtió en una verdadera Corte de Casación sino, a lo sumo, en un órgano disciplinario con alguna que otra competencia en materia de casación civil. Sólo en 1855 se generalizó la prescripción de motivar sentencias; no obstante, repárese en que, incluso desde esa fecha y hasta el final del reinado isabelino, en el campo de la defensa de la ley está ocupado por una casación sin Código, la civil, y por un Código sin casación, el Penal.

El constitucionalismo español de la primera mitad de siglo no entendió, como lo hiciera con rapidez el francés, que la sujeción de los jueces a las leyes pasaba obligatoriamente por imponer la motivación de sentencias, así como por la articulación de una pirámide de tribunales jerarquizada en la que su cúpula, la corte de casación, controlase con ayuda o no del Parlamento la recta aplicación de la ley. En este particular aspecto, progresistas y moderados no se comportaron de forma distinta; como previamente lo hicieran los doceañistas, todos entendieron que imponer la obligación de motivar y la introducción del recurso de casación no corrían especial prisa.

Las consecuencias que para el aparato de justicia arrojó este modo de ver las cosas se valoraran en el capítulo siguiente; bástenos aquí recordar la estrecha relación que existe entre la incapacidad de interiorizar un concepto formal de ley y la inexistencia de mecanismos destinados a su defensa. La ley podía ser defendida frente a una supuesta interpretación jurisprudencial incorrecta, no así el orden normativo isabelino. La labor jurisprudencial fue, por tanto, creadora y no interpretadora de la ley, aun cuando la falta de práctica generada por la prohibición de motivar se concretó en una jurisprudencia raquítica en extensión y contenido, ya que este último giró casi en exclusiva en torno a la problemática generada por la indeterminación de la vigencia de las normas que componían un legado histórico.

5. Recapitulación

Solemos explicar la historia del Ochocientos español en términos de implantación del principio de legalidad, sin el cual la labor de jueces y administradores deviene arbitraria e, incluso, ilegítima. Por más que la historiografía advierta sobre el déficit democrático atribuible al periodo isabelino, y explique en tales términos los acontecimientos políticos y constitucionales que se sucedieron a lo largo del reinado, pocos ponen en duda que las leyes isabelinas, progresistas o moderadas, se pusieron en planta por administradores y/o jueces determinando su actividad. De ahí que muchos hablen de la ruptura con el –confuso y arbitrario– Antiguo Régimen, del nuevo Derecho administrativo como agente de la racionalización, de las garantías proporcionadas por un nuevo Derecho penal y procesal, etc. con independencia de la valoración política que merezcan hoy algunos de los instru-

mentos o instituciones creados o reformados a lo largo del reinado de Isabel II.

Sin embargo, el más ligero análisis de lo que venimos denominando *orden normativo* nos demuestra que la ley, y con ella el principio de legalidad, no encontró acomodo en el universo isabelino. La labor desarrollada por jueces y magistrados a lo largo del periodo no puede identificarse con la de la boca que pronuncia las palabras de la ley, ya que ésta era indeterminada, muchas veces desconocida y, sobre todo, carente de instrumentos de defensa contra la interpretación desafortunada. Es por ello que para dotar de una nueva planta a la justicia, jerarquizándola y disciplinándola, tuvo que recurrirse a otros instrumentos de los cuales hablaremos en el capítulo posterior; no obstante, aquí podemos adelantar que las transformaciones isabelinas, con serlo, no operaron tanto en el campo de lo que –intencionadamente– podríamos denominar *función judicial sometida a ley*, sino en el correspondiente a la determinación del ámbito de la justicia.

IV. EL *ESTADO DE LA ADMINISTRACIÓN* Y LA QUIEBRA DEL PARADIGMA JURISDICCIONAL

1. Preliminares

El análisis de los orígenes de la administración contemporánea ha hecho correr ríos de tinta sin que a día de hoy los historiadores hayan considerado agotado ese particular objeto de estudio. No presentaremos aquí un *estado de esta cuestión*, aun cuando subrayaremos que, sin duda, uno de sus más discutidos extremos ha girado en torno a existencia de una administración –en singular– y un Derecho administrativo bajo el Antiguo Régimen. La existencia de diversas versiones nacionales de esta discusión no impide que el supuesto histórico de referencia haya sido y sea el francés, y, sobre todo, la interpretación que de su

historia hiciera en su día A. de Tocqueville (11). Apoyándose en ella, un importante sector de la historiografía ha canonizado una determinada lectura de las opiniones vertidas por aristócrata liberal en su famosa obra, extendiéndola además a países como el nuestro. Ya como variante puramente española, a todo ello habría que añadir que este tipo de interpretaciones ha convivido conflictivamente con algún que otro esfuerzo *nacionalista* empeñado en destacar lo que de español y, por tanto, tradicional, tuvo la administración isabelina.

Aplacados ya los ecos de una discusión que respondió en su día más a motivaciones políticas que a otra cosa, la historiografía española sigue expresándose en los mismos o similares términos, ya que, por regla general, parte del supuesto de que a las alturas de 1833/34 hay una Administración y no un conjunto heterogéneo de jurisdicciones como el que hemos tratado de describir antes. Por el contrario, fuera de nuestras fronteras, una serie de importantes investigaciones han alterado por completo el panorama historiográfico: así, por ejemplo, pocos son ya los que dudan que la teoría de la separación de las autoridades administrativas y judiciales por obra del famoso edicto de Saint-Germain de 1641 ha sido definitivamente arruinada por la obra de Payen, o que la existencia de un Derecho administrativo fuertemente estructurado bajo el Antiguo Régimen no puede sostenerse –alegre e impunemente– después de la publicación de obras como la de Sordi y Mannori. No nos extenderemos en más consideraciones historiográficas, contentándonos, simplemente, con dejar constancia de que compartimos percepción con esa historiografía que, fuera de nuestras fronteras, viene reclamando, *incluso para Francia,* un replanteamiento de la historia de los orígenes de la administración y el Derecho administrativo en términos jurisdiccionales.

(11) A. de TOCQUEVILLE, *El Antiguo Régimen y la Revolución*, 2 tt., Madrid 1982.

Hecha la declaración programática, resta concretar nuestros modestos objetivos. De todas las grandes y pequeñas piezas que constituyeron en su día los fundamentos de la administración isabelina, aquí daremos cuenta sólo de las que concebimos como más relevantes a los efectos de comprender la *mengua de la justicia* operada a lo largo del reinado de Isabel II, a saber: a) la gestión que del binomio contencioso/gubernativo se hiciera desde 1834 hasta la creación de la jurisdicción administrativa y b) la introducción de la autorización para juzgar entendida como elemento constitutivo de la propia Administración y, consecuentemente, de su jurisdicción.

2. *De la disolución de los consejos a la creación de la jurisdicción contencioso-administrativa (1834-1845): la gestión del binomio contencioso/administrativo*

La disolución de los antiguos Consejos de la Monarquía en 1834 se ha venido contemplando no sólo como el lógico final de un proceso de deterioro que arrancó a comienzos del siglo XVIII, sino también como una de las más importantes piezas que intentaron actuar la separación –institucional– del binomio contencioso/gubernativo, cuyos orígenes conceptuales se remontaban a muchos siglos atrás. La historiografía, aquí, actúa simplemente haciéndose eco literal de la justificación contenida en el preámbulo de los Decretos de 24 de marzo de 1834 por los que se suprimieron definitivamente los antiguos Consejos de la Monarquía, siendo sustituidos por el Consejo Real de España e Indias y una serie de Tribunales Supremos de desigual suerte posterior.

Con la desaparición de estos altos organismos, que actuaban como legisladores, jueces y administradores a un mismo tiempo, el campo quedó despejado para proceder a la concreción institucional de un principio desconocido en el Antiguo Régimen, la separación de poderes, aun cuando, como bien es sabido, los

Decretos de Marzo nada dijeron de cómo debían articularse las relaciones entre aquéllos. Partiendo de esta fecha, la historiografía más competente ha dado cuenta de la de una serie de instrumentos que obraron un desapoderamiento de la justicia (pervivencias de jurisdicciones privativas, improcedencia de interdictos contra providencias gubernativas de Ayuntamientos y diputaciones, introducción de la reclamación gubernativa previa, inembargabilidad de bienes públicos, poder sancionador, etc.) en el marco de un proceso que culminaría en las leyes ordenadoras de la jurisdicción administrativa de 2 de abril y 6 de junio de 1845.

Ahora bien, aun cuando nadie puede dudar de que en el reinado de Isabel II se operó una reducción del ámbito tradicional de la justicia y, a la vez, una administrativización de la misma que la equipararía con el resto de los llamados autoridades y/o empleados públicos, lo cierto es que se da por supuesto que la expropiación de la justicia isabelina aprovechó a un sujeto llamado Administración, el cual, presente desde un principio, terminó convirtiéndose en el juez de sus propias causas. Manteniendo la música, retocaremos algunos extremos de la letra de esta compleja canción.

A) *Los Decretos de Marzo (I): de lo contencioso/gubernativo*

Bien que mal, y a pesar de la naturaleza de carta otorgada que tuvo el Estatuto, la historiografía nos advierte que tanto la *separación* del contencioso/gubernativo cuanto la *creación* de la función consultiva radicada en el nuevo Real de las que hablaban los Decretos de Marzo constituyen piezas básicas en la formación del Estado liberal. Lejos de suceder a las viejas instituciones, el *exclusivamente consultivo* Consejo Real se contempla precedente del que terminará siendo Consejo de Estado; al mismo tiempo, se entiende que a partir de esa fecha (1834) los

jueces y tribunales dejaron de ser administradores, por mucho que algunos de entre éstos –los alcaldes– continuaran siendo jueces. De la evolución de todo ello hablaremos en el siguiente capítulo; bástenos ahora una breve reflexión sobre la normativa de 1834.

Se suele entender que desde esa fecha hasta 1845 se fue perfeccionando un plan cuyos primeros gérmenes se sitúan en los Decretos de Marzo, por cuanto que éstos pretendieron atribuir la gestión de los asuntos gubernativos y contenciosos a instituciones diversas; sin embargo, el análisis de los *efectos* reales de esta normativa dista mucho de avalar esta interpretación. Si abandonamos el terreno de la alta especulación interpretativa y bajamos al más modesto del seguimiento archivístico, constataremos que los grandes principios, reproducidos una y otra vez al hilo del comentario de los Decretos de 1834, se tradujeron en una mera reubicación de los expedientes que obraban en poder de los antiguos Consejos. La normativa de marzo supuso no tanto un instrumento al servicio del principio de separación de poderes cuanto que una lógica tramitativa en virtud de la cual los expedientes que se encontraban en las Salas de Justicia se trasladaron a los Tribunales recién creados, distribuyéndose entre las diferentes Secretarías del Despacho los que estaban en las Salas de Gobierno; finalmente, las dichas Secretarías los debían reenviar al Consejo Real para que éste informara al de Gobierno sobre la decisión que, a su juicio, tomar en la resolución de los mismos.

Dejaremos para más adelante el análisis de esta función consultiva atribuida al Consejo Real para hacer un balance de los efectos de la distribución de los asuntos entre las altas instituciones isabelinas. Su reubicación no solucionó la confusión gubernativo/contenciosa denunciada en los Decretos y justificadora de los mismos, ya que en ningún momento se (re)definieron las reglas de juego que no sólo fijaran lo que debía entenderse por contencioso y/o gubernativo, sino que impidiesen que cualquier expediente gubernativo deviniera finalmente contencioso. Con ello no queremos decir que no se usara y abusara del empleo de la categoría gubernativo a los efectos de la sustracción de los asuntos del ámbito de la justicia, sino que los Decretos de Marzo sirvieron más para (re)ubicar a los consejeros en las nuevas instituciones que para introducir un cambio radical en su forma de entender las cosas. El más ligero análisis de la documentación de la época nos demuestra que tanto los miembros del Consejo Real como los de los Tribunales Supremos de Justicia, *argumentaban* de forma muy tradicional, lo que significa que *la confusión entre gubernativo/contencioso siguió viviendo en la tramitación que de causas y expedientes hicieran las nuevas instituciones, fueran éstas cuales fueran, y no sólo en la adjudicación de los mismos a unas u otras.*

Al mismo tiempo, no debemos olvidar que los isabelinos heredaron no sólo jueces y magistrados, sino también una multitud de jurisdicciones en permanente conflicto en orden a la determinación de su ámbito de actuación; a las más conocidas –eclesiástica, militar, etc.– debemos sumarles las de hacienda, correos, montes, aguas, marina, sitios reales, y un largo etc. Por ello, tratar de leer en términos contencioso/gubernativos ese nuevo estado de las cosas que, originado en 1834, desembocaría –o, según algunos, se perfeccionaría– en la jurisdicción administrativa, resulta altamente insatisfactorio, siempre y cuando, claro está, *no se pretenda vincular, como a menudo se hace, la existencia y reforzamiento de las diversas jurisdicciones especiales a lo largo del periodo que nos está ocupando con la creación de la justicia administrativa en 1845.*

Hubo, sin duda, diferencias entre las jurisdicciones, pero los términos que mejor expresan la distancia que mediaba entre aquéllas son los de justicia técnica/justicia lega, no los de común/especial. O, dicho de otra forma, un juez de hacienda no se diferenciaba de uno ordinario en prácticamente nada, ya que su formación, selección, nombramiento, estatuto, actuaciones, mecanismos de exigencia de responsabilidad etc., eran prácticamente los mismos; de hecho, el análisis de las trayectorias de

muchos nos demuestra que los puestos desempeñados en una y otra jurisdicción se consideraban intercambiables por quienes aspiraban a ellos. Independientemente de la existencia de privilegios procesales, también atendibles en la jurisdicción ordinaria, los jueces eran jueces, y no por serlo de hacienda se convertían en administradores.

En definitiva, desde 1834 a 1845 se entendió que los problemas creados por la indeterminación de las categorías contencioso/gubernativo –reutilizables, en principio, para la articulación del nuevo principio de separación de poderes– no se circunscribían a la simple, aunque dificultosa, calificación de causas y expedientes, sino a la siempre posible *convertibilidad* de estos últimos y, sobre todo, a la determinación, siempre conflictual, de la *jurisdicción* a la que correspondía tramitarlos. La creación de la justicia administrativa en 1845 reformuló definitivamente la primera de las cuestiones, aunque no solucionó la segunda, ya que de todos es conocido que hay que esperar a 1868 para que el Gobierno revolucionario termine, bien que limitadamente, con la pluralidad jurisdiccional. Así pues, el desapoderamiento de la justicia producido por la creación de la justicia administrativa convivió con el mantenimiento de la pluralidad jurisdiccional, aun cuando en 1845, no antes, cambiaron las reglas de ese particular juego jurisdiccional.

B) *Los Decretos de Marzo (II): de la función* exclusivamente consultiva

No es éste el lugar más indicado para volver a resumir los términos en los que se ha venido expresando la polémica sobre el origen de la justicia y Derecho administrativos, pero sí para dejar constancia de un olvido historiográfico generalizado. Nadie, o casi nadie, se ha interesado en analizar qué significaba la famosa función *exclusivamente consultiva* que se reservó al Consejo Real, origen, se supone, del que después llegara a ser

supremo tribunal administrativo a partir de 1845. Al margen de su papel como tal tribunal, repárese en que tanto el Consejo Real de España e Indias como el Real o de Estado que le sucedieron *intervenían* en la formación de la voluntad normativa atribuida al Monarca, por lo que la determinación de lo que se entendió por consulta interesa sobremanera a la historia del Estado liberal.

En principio, de los Decretos de Marzo y de los Reglamentos del propio Consejo Real de España e Indias se puede inferir que por *consultar* se entendió, simplemente, informar al Gobierno sobre la opinión que al Consejo le merecían los diferentes expedientes *gubernativos* que aquél le enviaba. Así entendida, la nueva misión encomendada al Consejo implicaba sin ningún género de dudas un tremendo recorte del campo semántico que hasta entonces había abarcado la voz *consulta,* a lo que hay que añadir que el nuevo Consejo, a diferencia de los antiguos senados, no ejercía autoridad institucional alguna respecto de un aparato dependiente. No obstante, y desde su misma instalación, el nuevo Consejo Real pretendió recuperar el terreno perdido, reclamándose supremo como si de un antiguo Consejo se tratase; sus esfuerzos, sin embargo, no fueron atendidos, quedándose reducido al papel que le habían otorgado los Decretos de 1834.

Hasta aquí nada resulta sorprendente; bien al contrario todo parece indicar que tanto la letra como el espíritu de los decretos de Marzo se mantuvo: los tribunales juzgaban, el gobierno ejecutaba y el consejo consultaba. Sin embargo, de 1834 en adelante asistimos a una increíble multiplicación de instituciones específicamente consultivas (Consejo de Gobierno, Consejo Real, juntas, comisiones, comités, etc.) y, sobre todo, a una permanente utilización del término para calificar la actividad de otras tales como las mismas Cortes, el Consejo de Ministros e, incluso, de la que protagonizaron algunas Juntas revolucionarias, que se autocalificaron como consultivas. La explicación de esta aparente contradicción requiere que nos remitamos a dos

campos diferentes: el correspondiente a la legitimación de la voluntad normativa y el más específico de la gestión de la responsabilidad de las autoridades públicas.

La tenaz persistencia del término consultivo para calificar la labor de instituciones nos revela el buen estado de salud de una vieja idea según la cual *la bondad las normas radicaba en la cualidad y/o calificación de los hombres que las consultaban y/o proponían nombrados por el Rey, a quien a su vez correspondía sancionarlas, y no en el carácter representativo de aquéllos.* Así, por ejemplo, los que habían prestado servicio al Rey en la gestión de los asuntos de Indias/Ultramar eran los más indicados para determinar cómo y con qué normas se debían administrar las posesiones ultramarinas, y no los enviados desde Cuba, Puerto Rico y Filipinas a los que, consecuentemente, se negó el derecho de asistir a Cortes; de la misma manera, debían ser reputados juristas, y no los diputados elegidos, los que hicieran los proyectos de Código en el seno de la famosa Comisión General de Codificación. La *obsesión consultiva* vehículo buena parte de la deslegitimación de los órganos representativos que caracterizó al constitucionalismo isabelino, favoreciendo la identificación de la voluntad real –consultada– con la producción normativa en términos de intrínseca bondad.

En otro orden de cosas, mucho menos complejo, la exagerada proliferación de instituciones específica o nominalmente consultivas nos lleva a pensar que, de la misma manera que los Consejos cumplieron en el pasado la misión de *descargar la conciencia del Monarca*, las nuevas instituciones sirvieron para *descargar* de responsabilidad a quienes debían tomar las decisiones últimas, fueran éstos quienes fueran, desdibujando así el protagonismo personal de quienes estaban llamados a hacerlo. Las consecuencias de este peloteo de decisiones necesitadas de consulta previa fueron las ya conocidas en el pasado: lentitud, ineficacia, imprecisión, etc., pero no cabe duda de que el temor a la imputación de consecuencias sólo puede darse en un

campo propicio. Así, de la mano de la consulta entramos en el último y conclusivo epígrafe de esta reflexión, ya que a nuestro juicio es en el campo de la responsabilidad y no en el de la creación de normas o tribunales donde realmente se sentenció *el desapoderamiento de la justicia isabelina,* por cuanto que en él se operó una trascendental transformación: el conjunto heterogéneo de administradores del que hasta ahora venimos hablando pasó a convertirse en una Administración que se juzgaba a sí misma.

3. *Privilegios de la administración/privilegios de los administradores: la autorización para juzgar*

Una de las convenciones más extendidas en la historiografía institucional es la de atribuir al Estado liberal el mérito de asumir la responsabilidad de sus agentes. Sin embargo, e independientemente del funcionamiento real de los mecanismos de control propios del Antiguo Régimen, lo cierto es que la noción de irresponsabilidad le fue desconocida. Como ya vimos en la sección primera, la idea de *responsabilidad personal* constituía la clave de bóveda de la gestión del poder en términos jurisdiccionales, al igual que también hemos visto como *esta forma de ver las cosas* se mantuvo, aunque sometida a mutaciones varias, en el primer experimento constitucional español.

Desde 1834 hasta 1845 no se alteró sustancialmente este antiguo estado de cosas: los jueces y tribunales pudieron entender, en último extremo, en las causas incoadas *contra* los administradores, independientemente de que desde 1834 a esa fecha se utilizasen una serie de expedientes para sustraer a la justicia los asuntos calificados "gubernativos". El cumplimiento de órdenes superiores pudo, quizás, actuar como atenuante en ciertos casos, pero nunca como eximente para la exigencia de responsabilidad de autoridades y empleados públicos. Alcaldes,

Gobernadores, miembros de las Diputaciones provinciales, etc., pudieron ser perseguidos ante la justicia no sólo por ser presuntos autores de delitos comunes, sino también por excesos cometidos en el ejercicio de sus cargos. Jueces y tribunales, en definitiva, pudieron *incomodar* no tanto a la administración cuanto que a sus agentes.

Las cosas cambiarían radicalmente a mitad de siglo. Procedente de la legislación napoleónica, la famosa autorización para procesar a los empleados públicos se introdujo en 1845 y se perfeccionó en años posteriores; a partir de entonces, los jueces y tribunales fueron incapaces de abrir causa a los administradores sin mediar autorización de su superior jerárquico. Esta situación se mantendrá hasta la entrada en vigor de la Constitución de 1869, cuyo art. 30 declaró:

> «No será necesaria la previa autorización para procesar ante los Tribunales ordinarios a los funcionarios públicos, cualquiera que sea el delito que cometieren».

La historia de la autorización previa en España está por hacer; en nuestra opinión debería formar parte de una historia de los derechos, pero hasta ahora no ha sido precisamente tratada así. Destacados administrativistas han concebido la autorización para procesar como un mero complemento de la jurisdicción de la Administración. Sin embargo, nos parece imposible hablar de *actos de la Administración* protegidos ante la intervención de los jueces antes de 1845 ni siquiera en sentido instrumental; mediando responsabilidad personal, las actuaciones de los administradores no se pudieron imputar a un sujeto genérico, sino que siguieron siendo concebidas como una prolongación de sus personas. Blindar la Administración convirtiéndola en juez de sus propios actos requirió, primero, del blindaje *personal* de sus agentes, protegiéndolos contra la posible intromisión de los jueces en todos los aspectos de su vida, incluyendo aquí los excesos cometidos *fuera* del ámbito competencial delimitado

por sus cargos. Si entendemos el blindaje de los administradores como condición previa para la instalación de la justicia administrativa, aunque ambas cuestiones compartieran fecha, nuestra valoración de la historia de las relaciones entre poderes cambia radicalmente al convertirse en una historia de relaciones entre sujetos, lo que nos lleva a concluir que la creación de la justicia administrativa –su justificación jurídica y política, articulación institucional, procedimientos, funcionamiento, etc.– debe comprenderse como simple consecuencia de un brutal aforamiento de sujetos, no de actos o actividades, cuyas dimensiones superaron lo hasta entonces conocido, el mantenimiento a lo largo del periodo isabelino de la exigencia de autorización previa para juzgar a los acusados de delitos comunes nos lo demuestra.

Fue la introducción de la autorización y no la creación de tribunales administrativos la que produjo una cascada de consecuencias que destrozarían definitivamente el paradigma jurisdiccional del que venimos hablando hasta aquí. En primer lugar, desterró por completo la posibilidad de determinar conflictivamente los contenidos de las competencias en sede judicial o parlamentaria. En segundo, irresponsabilizó casi por completo a una maquinaria que, a partir de entonces, ofrece ya un diseño unitario, no agregativo. Finalmente, consolidó la cadena jerárquica administrativa al introducir el principio de cumplimiento de órdenes superiores como eximente. La transformación de las responsabilidades de los empleados en (inexistente por entonces) responsabilidad de la Administración posibilitó la emergencia de la exclusividad administrativa, tanto en el terreno de la delimitación de atribuciones como en el correspondiente a la creación de una jurisdicción propia que pudo, a su vez, juzgar una actividad así también calificada con el corolario de su concreción: el acto, que de ser proyección de –y estar estrictamente vinculado a– sujeto determinado y responsable, se convirtió –potencialmente– en categoría predicable del funcionamiento de una organización indeterminada e irresponsable.

4. *Recapitulación*

Hace ya algún tiempo, B. Clavero recordaba que en vísperas constitucionales todas las tradiciones eran sustancialmente judiciales. Esa común tradición imponía, tanto en las Monarquías continentales como en la tradición del *common law*, una determinada concepción de la responsabilidad personal de todos los oficiales públicos. Construida como sabemos utilizando el molde de la responsabilidad propia del magistrado, se concibió como el reverso inseparable del oficio. Ni las vísperas constitucionales en el continente, ni las experiencias constitucionales anglosajonas admitían el mecanismo de la autorización porque atentaba contra elementos básicos de su estructura cultural e institucional. El Parlamento de París procesaba intendentes del Rey de Francia al igual que podían hacer lo propio los viejos jueces ingleses y los recién estrenados en su independencia americanos; el *public officer* americano dejaba de serlo cuando su comportamiento era inconstitucional y lesionaba derechos, al igual que el magistrado que hacía uso indebido de su oficio perdía la posición que le correspondía como mediador de la justicia conmutativa deviniendo parte a todos los efectos: actuando "mal", tanto unos como otros se degradaban, convirtiéndose en sujetos particulares.

Así se mantuvieron las cosas en la España isabelina hasta la fecha de 1845. De 1833/34 pudo gestionarse de tal o cual manera el binomio contencioso/gubernativo, pudieron mantenerse o incluso multiplicarse las jurisdicciones, pudo variarse una y otra vez la planta de las instituciones de justicia... sin que por ello se quebrase aquella pieza básica, reflejo y soporte a un mismo tiempo de lo que venimos denominando paradigma jurisdiccional. La autorización fue un invento más napoleónico que revolucionario absolutamente novedoso, no provenía de tradición alguna sino que por el contrario quebraba aquella común judicial en uno de sus más significativos fundamentos y, además, generaba una serie de consecuencias respecto de las cuales actuaba como condición de posibilidad. No cabe duda de que el espacio de la justicia fue

atacado desde diferentes frentes a lo largo del periodo isabelino, pero la ruptura definitiva del paradigma jurisdiccional se produjo en virtud de la introducción de la autorización previa.

Desde 1845 en adelante, ya podemos hablar de Administración en singular y de derecho, que no ciencia, administrativo. La España isabelina entró así en el club del *droit administratif*, rompiendo definitivamente con su tradición judicialista, la cual, una vez fracasado el experimento gaditano, no consiguió nunca constitucionalizar. Pero nuestro 1845 es el del aforamiento de sujetos y no el de la creación de la jurisdicción administrativa, ya que es aquél el que verdaderamente marcó la diferencia entre tradiciones constitucionales. No somos nosotros sino el más famoso crítico del Derecho administrativo desde posiciones anglosajonas quien sostuvo que la oposición existente entre el *droit administratif* y el *rule of law* radicaba no tanto en la existencia de la jurisdicción y el derecho administrativos, desconocidos en Inglaterra, cuanto que en el mecanismo de la autorización previa. Con sus propias palabras:

> «In many continental countries, and notable in France, there exists a scheme of administrative law –know to Frenchmen as droit administrative– which rest on ideas foreing to the fundamental assumptions of our English common law, and especially to what we have termed the rule of law. This opposition is specially apparent in the protection given in foreing countries to servants of the State, or, as we say in England, of the Crown, who, whilst acting in pursuance of official orders, or in the bona fide attempt to discharge official duties, are guilty of acts which in themserves are wrongful or unlawful (...) It forms only one portion of the whole system of droit administrative, but it is the part of French law to which in this chapter I wish to direct particularly the attention of students» (12).

---

(12) DICEY, A.V., *Introduction to the study of the Law of the Constitution*, (utilizo la novena edición de esta obra, aumentada con una introducción y apéndice de E.C.S. WADE y publicada en Londres en 1945. La primera edición se publicó en 1885), pág. 329.

ORIENTACIÓN BIBLIOGRÁFICA

La expresión *utopía reaccionaria* proviene del título de la reciente y sólida obra de LUIS (2002) sobre el reinado de Fernando VII, que viene a compendiar y mejorar nuestros conocimientos sobre el aparato central de la Monarquía. Para el análisis de sus debilidades estructurales sigue siendo de referencia la obra de FONTANA (1971, 1973), que puede completarse con el análisis que este mismo autor dedica al periodo inmediatamente posterior (FONTANA, 1977). La problemática creación de la Superintendencia de policía se puede seguir en PORTILLO (1987), y las reflexiones sobre el mantenimiento del paradigma jurisdiccional en la década ominosa provienen de una investigación en curso de publicación (LORENTE, MARTÍNEZ, en prensa). La bibliografía existente sobre el reinado isabelino es inabarcable; baste por tanto la remisión a la ya clásica obra dirigida por JOVER (1991) que ofrece una visión panorámica de la *era isabelina* y, en otro orden de cosas, a la peculiar historia constitucional de CLAVERO (1984). No obstante, por su calidad e interés merece destacarse la existencia de recientes aportaciones biográficas que dan cuenta exhaustiva de la historia del *entorno* de la Reina (BURDIEL, 2004).

Cualquier análisis de la codificación necesita de la obra clásica de TARELLO (1976). Una profunda reflexión sobre la problemática relación revolucionaria de la ley con los derechos puede seguirse en CLAVERO (1988, 1984a, 1996, 1997). La suerte de la primera casación, así como la atormentada codificación francesa, han sido analizadas brillantemente por HALPERIN (1987, 1992, 1996a, 1996b) y, en el mismo orden de cosas, para la comprensión de instrumentos nomofilácticos sigue siendo informativa la obra de HUFTEAU (1965). El análisis de los caracteres básicos del orden normativo isabelino procede de una investigación anterior (LORENTE, 2001), que se completa con los resultados de otra compartida sobre la suerte decimonónica de la motivación de sentencias (GARRIGA, LORENTE, 1997).

Para la comprensión de un orden diametralmente opuesto, con su concreción en el capítulo de los órdenes de prelación de fuentes/jurisdicciones, la referencia obligada es VALLEJO (1992, 1994a, 1994b). La debilidad de la cultura jurídica española decimonónica y de su enseñanza ya fue puesta de manifiesto por CLAVERO (1984b, 1992), cuyo análisis puede completarse, por comparación, con antiguos (FIORAVANTI 1979) y recientes estudios sobre la ciencia jurídica alemana (JOANJOAN 2005).

El marco teórico en el que pretenden insertarse las páginas dedicadas al análisis de la Administración ha sido fijado por MANNORI y SORDI (2001) y es extensible incluso a la experiencia francesa (PAYEN, 1997, 1999), la cual, por cierto, ha sido incorporada incluso a la más reciente manualística (BIGOT, 2002) lo que demuestra su grado de aceptación. Un significativo ejemplo de una comprensión diametralmente opuesta se desgrana en más extenso y profundo análisis de la administración isabelina en tiempos de la Regencia que en la actualidad se dispone (NIETO, 1996), al que debe añadirse la interesante monografía de FERNÁNDEZ TORRES (1998) que se extiende hasta 1868. La explicación, detallada y argumentada, de la crítica a la historiografía administrativista que se sostiene en el texto se puede encontrar en una investigación compartida anterior (GARRIGA, LORENTE). Finalmente, las reflexiones sobre la suerte del binomio gubernativo/contencioso antes de 1845 proceden de una investigación en curso, que comparto con F. MARTÍNEZ, y las que afectan a la centralidad/constitucionalidad de la autorización para juzgar en relación con las garantías de los derechos han sido ya expuestas en un estudio en curso de publicación (LORENTE, en prensa).

CAPÍTULO 8

JUSTICIA BAJO ADMINISTRACIÓN (1834-1868)

M.ª Julia Solla
Universidad Autónoma de Madrid

JUSTICIA BAJO ADMINISTRACIÓN (1834-1868)

SUMARIO: I. EL PROCESO DE TRANSFORMACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA (1834-1870): LÍNEAS DE ACTUACIÓN. II. LAS TRANSFORMACIONES DE LA *ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA* COMO *FUNCIÓN*: LOS PRINCIPIOS DE LA JUSTICIA Y LOS JUECES. 1. Las calidades de los jueces. A) Recapitulación. 2. Las calidades de los procedimientos. III. LAS TRANSFORMACIONES DE LA *ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA* COMO *APARATO INSTITUCIONAL*: LA ESTRUCTURA JUDICIAL. 1. La construcción de un monopolio jurisdiccional. 2. La expansión de un modelo de justicia profesional. 3. La administrativización de la estructura judicial. IV. EL RESULTADO DE LA CONSTRUCCIÓN DEL ESTADO LIBERAL ISABELINO: LA JUSTICIA COMO CATEGORÍA DE ADMINISTRACIÓN. ORIENTACIÓN BIBLIOGRÁFICA.

I. EL PROCESO DE TRANSFORMACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA (1834-1870): LÍNEAS DE ACTUACIÓN.

La justicia sufrió unas profundas transformaciones durante el reinado isabelino. Desde el "Estatuto Real" de 1834 "para la con-

vocación de las Cortes Generales del Reino" hasta la promulgación en 1870 de la "Ley provisional orgánica del Poder Judicial" (LOPJ) se asistió al progresivo desmantelamiento de la justicia heredada del antiguo régimen que, en sus grandes rasgos, había logrado mantenerse vigente al menos hasta los años centrales del siglo. Lejos de tener a "lo judicial" como objeto primero, todos estos cambios se enmarcaron entonces y, por tanto, se explican ahora en el proceso mucho más amplio de la construcción de lo que hemos acordado llamar *Estado liberal.*

Es ya sabido que el diseño de este nuevo Estado se planteó sobre la base del reforzamiento de la Corona, tratando de fortalecer, así, al poder ejecutivo como motor de este proceso de *estatalización.* Sin embargo, también sabemos que a las alturas de 1834 la esfera de este poder no estaba ocupada tan sólo por el rey y sus ministros, sino que la justicia formaba igualmente parte de ella, en la medida en que se entendía que la función propia de dicho poder, *ejecutar las leyes*, no sólo se llevaba a cabo a través de la acción del gobierno, sino también de un modo contencioso.

Tal y como nos refiere Carlos Garriga (2002b), a lo largo de toda esta etapa se fue generando el convencimiento de que era necesario un aparato administrativo tendencialmente centralizado y jerarquizado que desempeñara una función administrativa diversa y autónoma de la jurisdiccional para poder llevar a cabo con eficacia los planes de gobierno. Desde esa perspectiva, la decisión gubernamental se presentó cada vez más vinculada a la acción administrativa (1), haciendo posible, así, abrir las puertas en 1834 a un proceso de afianzamiento de la sinonimia entre "gobernar" y "administrar" comprendida, fundamentalmente, como dinámica de poder (2).

(1) POSADA HERRERA, José, *Lecciones de Administración* [1843], Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid 1988, pág. 67.

(2) OLIVÁN, Alejandro, *De la Administración pública con relación a España* [1843], Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1954, págs. 33-34.

Con este objeto se inició en el seno del poder ejecutivo un paulatino proceso de aislamiento, delimitación y consolidación del nuevo espacio que tendrían que ocupar unos administradores primero y después una Administración que ya sabemos que sólo a mediados de siglo se pudo nombrar en singular. Ciertamente, el interés por crear un ámbito de actuación propio para alcanzar los fines gubernamentales requirió deslindar sendas esferas del ejecutivo, la administrativa y la judicial, aislando para ello el espacio que correspondería finalmente a la justicia, en el que se operaba con unos mecanismos propios que no interesaban, por entorpecer, al funcionamiento de la Administración.

En el marco de esta dinámica podemos detectar dos líneas interpretativas de los cambios que atañeron al orden judicial: En primer lugar, desde la década de los Treinta, la definición de la justicia quedó estrecha y directamente vinculada a la construcción de la idea de Administración, hasta llegar incluso a definirse por oposición a ésta; y, en segundo lugar, y como consecuencia directa de lo anterior, dado que a lo largo de todos esos años la historia del aparato de la Administración fue una historia de progresivo aumento y fortalecimiento, la historia de la justicia se convirtió en la historia de un proceso de reducción, de limitación y, en última instancia, de sumisión a los patrones administrativos.

Para abordar este complejo proceso de transformación, de ahora en adelante vamos a seguir plenamente la estructura y el planteamiento que ofrece Fernando Martínez en su estudio sobre la justicia decimonónica (Martínez, 2002) y que encierra las claves interpretativas y los aspectos de interés en los que se manifestaron los cambios a los que se vió sometida la administración de justicia de mediados de siglo. En este sentido se puede afirmar que a lo largo de la etapa isabelina se dio una constante aplicación de la lógica administrativa sobre el ámbito de la justicia, que se manifestó en dos planos diferenciados:

Por un lado, se puede apreciar un proceso de reducción de la administración de justicia entendida como *función* y, por ende, de la figura y del papel del juez. Para la teoría canónica del Estado liberal la función de juzgar se concibe como un ejercicio de poder público que trata de satisfacer el interés particular de las partes a través de la aplicación de un Derecho existente creado por el propio Estado en el ejercicio de su soberanía. Desde esta perspectiva, el amplio ámbito de decisión en el que se movía el juez heredado del paradigma jurisdiccional se contemplaba como una capacidad creadora autónoma que no podía ser consentida por el monopolio legislativo del Estado. Durante la segunda mitad del Ochocientos se puede hablar de progresiva "desposesión" de la justicia en la medida en que se trató de limitar ese margen de decisión del juez considerado arbitrario y discrecional y de convertir su función en una mera aplicación del Derecho dado por el Estado.

Por otro lado, también podemos percibir un proceso de reducción de la administración judicial comprendida ésta en términos institucionales, es decir, como *organización* que lleva a cabo la función antes enunciada de administrar justicia. Con respecto a esta dimensión orgánica, puede decirse que tuvieron lugar varios procesos concurrentes entre sí que condujeron, en términos generales, a limitar el número de espacios y de sujetos jurisdiccionalmente autónomos en favor, respectivamente, de una jurisdicción y de unos órganos centralizados como los únicos dotados de potestad jurisdiccional.

En fin, a lo largo del presente capítulo no se pretende otra cosa que ilustrar con ejemplos referidos al periodo isabelino los cambios concurrentes en la administración de justicia que ha estudiado Fernando Martínez, dedicándole especial atención a lo que aconteció en el primero de los planos apuntados, en el que, veremos, se siguió desarrollando la trama principal que explicó o, por mejor decir, siguió todavía explicando en este periodo la justicia sobre la que operaría la Ley orgánica del Poder Judicial.

II. LAS TRANSFORMACIONES DE LA *ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA* COMO *FUNCIÓN:* LOS PRINCIPIOS DE LA JUSTICIA Y LOS JUECES

> «El magistrado y el juez deben ser tan impasibles como la ley misma: el poder que ejercen sólo lo tienen por ella, con la ley lo pueden todo, sin ella nada absolutamente: no son el fin ni deben ser más que órganos de la ley, seres impasibles de cuyos labios salgan única y exactamente las disposiciones y hasta las palabras de la ley sin tergiversación alguna» (3).

Tal y como lo ponían de manifiesto estas palabras del Ministerio de Gracia y Justicia, el discurso liberal definía la función judicial y explicaba la autoridad del juez en virtud de la *ley*. La estricta aplicación de la ley que se hizo corresponder a la justicia sirvió claramente a los efectos de diferenciar los distintos modos de actuación de ésta en relación con la nueva lógica administrativa: frente al poder de la Administración, que requería actuar según la prudencia y la equidad, sin reglas fijas, el judicial sólo podía aplicar de un modo tasado las leyes ya establecidas (4). Pero no sólo eso: de la vinculación a la ley emanaban los *principios* que caracterizaban, frente al papel creciente del ejecutivo, la justicia propia de un Estado liberal, esto es, la *inamovilidad*, la *independencia* y la *responsabilidad*.

> «La administración de justicia –afirmaba el Tribunal Supremo en 1837 (5)– no puede verificarse imparcial, recta y cumplidamente si los jueces no son libres, independientes,

(3) Circular del Ministerio de Gracia y Justicia de 27-5-1841, "recomendando la conducta que deben seguir las autoridades que de él dependen", en *Colección Legislativa* (*CL*), tomo 27, pág. 346.

(4) POSADA HERRERA, José, *Lecciones..., op. cit.*, pág. 92; Diario de Sesiones de Cortes (DD. SS.), Estamento de Procuradores, sesión de 14-8-1834, apéndice al n.° 17, pág. 3.

(5) Archivo de la Comisión General de Codificación (ACGC), organización de tribunales, leg. 1, carp. 8, doc. único.

sujetos y responsables únicamente a la ley, que debe ser la sola pauta y regla de sus operaciones».

De este modo, dichos principios quedaron ensamblados entre sí en un discurso muy bien armado que derivaba la independencia e imparcialidad del juez de su única sujeción a la ley, consideraba la inamovilidad como presupuesto indispensable de dicha independencia y la responsabilidad como su contrapeso.

Sin embargo, ya hemos visto con detalle en el capítulo precedente que en esos momentos el concepto de *ley* que se empleó en sede política –y su manifestación por antonomasia, el código–, constituía una abstracción que remitía a un concepto formal y general de norma que, si bien servía para articular la construcción teórica de la justicia, no reflejaba la realidad del orden que se ocultaba bajo tal denominación. La cultura jurídica isabelina fue incapaz de generar un concepto de ley resultante del monopolio legislativo del Parlamento, que era irreconciliable con una realidad poblada por múltiples autoridades con un vasto ámbito decisorio.

Recordemos, además, que el orden normativo vigente a lo largo del XIX estaba compuesto por una legislación confusa y dispersa y, en consecuencia, si se caracterizó por algo, fue precisamente por su *incerteza*. De ahí que teóricamente no podamos hablar de un cambio en el panorama jurídico decimonónico hasta, al menos, la aparición, en 1889, del sistema de jerarquía normativa contenida en el artículo primero del Código civil. La ordenación de las fuentes que se recogió en el Código constituyó mucho más que la mera enunciación de un sistema jurídico: representaba al Estado liberal como realidad política triunfante investida del monopolio de la producción normativa, al que debían someterse el universo de fuentes jurídicas, léase de potestades normativas, existentes hasta ese momento.

De todo lo expuesto se deduce que antes de esa fecha de 1889 las características que revestía el ordenamiento jurídico hicieron muy difícil articular la función del juez como la inicialmente

descrita de ser *boca impasible de cuyos labios saliera única y exactamente las palabras de la ley,* de una *ley* que fue, en última instancia, indeterminada, y, por lo mismo, de imposible o al menos de muy difícil fundamentación material. Es muy significativo a este respecto el testimonio de la Audiencia de Burgos cuando, en 1838, se lamentaba en estos términos:

> «¿Quién se atreverá a fundar en ley precisa una sentencia criminal? Nuestra actual legislación penal tomada en épocas de rudeza, de ignorancia y ferocidad comprende penas atroces, absurdas y antisociales (...), y a excepción de algunos crímenes se puede decir que en otros la práctica sensata de los Tribunales ha constituido en discrecional la pena correspondiente. De aquí la palpable necesidad de un buen código en armonía con nuestras instituciones y con las luces del siglo (...). En lo civil se toca el mismo embarazo. Nuestras leyes sobrecargadas de un preámbulo que muchas veces no está en conformidad con lo que disponen, la antinomia de otras y la confusión de los Comentaristas, forman del todo un cúmulo de desorden, que a ser forzoso el fundar una sentencia será indispensable que la precediese un alegato en derecho, y por ello se prohibió justamente el hacer tales fundamentos» (6).

Ciertamente, ya hemos visto que el constitucionalismo gaditano no modificó una situación heredada del Derecho castellano que consistía en la *prohibición* de motivación de los fallos. La evolución posterior de la normativa no hizo sino evidenciar las serias dificultades para implantar la fundamentación de las decisiones de una manera generalizada. Recuérdese que la primera obligación de motivar las sentencias apareció en el Código de Comercio de 1829, para los pleitos de mayor cuantía de la jurisdicción mercantil (7). Años más tarde, en 1838, se estableció la obligación para el Tribunal Supremo de motivar las resolucio-

(6) ACGC, organización de tribunales, leg. 0, carp. 13, doc. 4.

(7) Art. 1213 del Código de Comercio de 30-5-1829.

nes dictadas en los recursos de nulidad (8), motivación que trató precisamente de crear una jurisprudencia del alto tribunal que sirviera como paliativo de una ley inexistente. A mediados de siglo, la Ley provisional para la aplicación del Código penal de 1848 previó la fundamentación de las sentencias criminales (9). Y no fue hasta 1855, con la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando se hizo extensible dicha obligación a todas las resoluciones en los juicios civiles (10).

Justamente, pues, por la incerteza del orden estaba el requisito liberal de la motivación de las sentencias *prohibido,* y cuando no se prohibió, sino que se pretendió, no fue pensado como instrumento de defensa de la ley, sino que en realidad tuvo como objeto primero el control jerárquico de los jueces en un momento en el que se apostó por la *funcionarización* del juez. La intencionalidad de control administrativo de los fallos quedaba clara cuando, por ejemplo, reparamos en que, a las alturas de 1845, sin Código civil y sin ni siquiera Código penal, todos los proyectos del Gobierno de organización de tribunales contemplaron como presupuesto indispensable la motivación de las sentencias (11).

---

(8) Art. 17 del Real decreto del Ministerio de Gracia y Justicia de 4-11-1838 "sobre recursos de segunda suplicación é injusticia notoria", *CL* tomo 24, págs. 592-596.

(9) Art. 1.° de la Ley provisional "prescribiendo reglas para la aplicación de las disposiciones del Código penal", promulgada por el Real decreto del Ministerio de Gracia y Justicia de 19-3-1848, "mandando que el Código penal y la ley provisional que dicta las reglas oportunas para la aplicación de sus disposiciones se observen como ley en la Península é Islas Adyacentes desde el día 1 de julio del corriente año", *CL,* tomo 43, págs. 206-305.

(10) Real decreto del Ministerio de Gracia y Justicia de 5-10-1855, "aprobando el proyecto de ley para el enjuiciamiento civil, y prefijando el tiempo en que ha de empezar a regir", en *CL,* apéndice al tomo 66.

(11) ACGC, organización de tribunales, leg. 3, carp. 10, doc. único; leg. 4, carp. 1, docs. 1 a 3 y carp. 4, doc. único; leg. 4 bis, carp. 1, docs. único y 4 y carp. 2, doc. 2; y leg. 5, carp. 8, doc. 2.

Así las cosas, con un ordenamiento en términos generales no codificado y con serias dificultades para poder explicitarse y, en consecuencia, controlarse las razones del fallo, la función de hacer justicia no pudo consistir en el aséptico resultado de la aplicación de un silogismo normativo, y su recta administración no pudo quedar asegurada con el control de la aplicación estricta de una ley en sentido formal y general, por lo demás inexistente. Un Real decreto de 1836 asumía esta situación con gran naturalidad cuando expresaba que:

> «La falta de Códigos nos tiene reducidos a una legislación dispersa, antigua, y la razón recta y la probidad constante apenas son suficientes para acomodarla a las costumbres, a las circunstancias, y a lo que exigen los adelantamientos y las luces del siglo. Sin embargo, el gobierno desea acercarse todo lo posible a la perfección a que se podrá aspirar más adelante; y con este objeto S.M. se ha servido resolver que se provean en propiedad las judicaturas de primera instancia, recayendo estas provisiones en personas que reúnan los requisitos necesarios» (12).

Efectivamente, la *inexistencia de códigos* permitió que la función de juzgar pudiera seguir desempeñándose conforme a parámetros propios del paradigma jurisdiccional y que, en concreto el juez castellano que ya conocemos heredado de ese paradigma, se pudiera mantener vigente en sus rasgos esenciales. Se pretendió, así, hacer recaer el peso de la justicia en los *jueces que reunieran los requisitos necesarios.* Con mayor claridad aún expresaba esta idea la Circular del Ministerio de Gracia y Justicia de 1841 para la recta administración de justicia antes citada cuando afirmaba que:

---

(12) Real decreto del Ministerio de Gracia y Justicia de 24-3-1836, "sobre el modo de dirigir sus instancias los Jueces interinos de primera instancia para obtener la propiedad", en *CL,* tomo 21, págs. 156-157.

> «Este Gobierno exige que la moralidad, la rectitud y la imparcialidad, que siempre han formado la esencia de la buena administración de justicia, sean más austeras y más escrupulosamente observadas. Con estas calidades, que suponen y envuelven la conducta más esmerada y decorosa, la vida más pura y arreglada de los magistrados y jueces, sus decisiones serán indudablemente justas».

Y es que la cultura jurídica de mediados de siglo, como había sucedido en las etapas precedentes, entendió que si la justicia no aparecía objetivada en los fallos tenía que localizarse en la propia persona del juez y en determinadas cualidades que éste había de reunir. "En el Juez deben concurrir cuatro calidades –afirmaba un jurista, Luis Gómez Negro, en 1825–; a saber: autoridad, competencia, ciencia e imparcialidad" (13). Pero no sólo de cualidades de la persona del juez se trataba. El mismo jurista, en correlación con las cualidades que debían adornar al juez, entendía que "todo juicio debe estar dotado de cuatro calidades; es decir: debe ser valido, metódico, útil, y lo menos gravoso que sea posible" (14). Ciertamente, las cualidades del proceso buscaron asegurar la justicia de una resolución dictada conforme a unas directrices procesales determinadas, así como contrarrestar la posible arbitrariedad de la actuación de los jueces a través de la estricta observancia de las normas de procedimiento.

En conclusión podemos afirmar que mientras que el Derecho no naciera de la autoridad de la propia ley, seguiría emanando de las distintas autoridades que la aplicaban, y de cómo la aplicaban. En ese sentido, los únicos parámetros que sirvieron para asegurar el recto ejercicio de la función judicial fueron la idoneidad de las autoridades judiciales encargadas de llevarla a cabo y la corrección de los procedimientos que condujeron a

(13) GÓMEZ NEGRO, Lucas, *Elementos de práctica forense,* Valladolid 1825, pág. 25.

(14) *Ibid.,* pág. 24.

dichas autoridades en el desempeño de sus funciones. De ahí que, como Gómez Negro, los juristas del XIX le dieran tanta importancia a lo que denominaron *calidades del juez* y *calidades del proceso.*

1. Las calidades de los jueces

Las calidades de la magistratura constituían –explicaban Ortiz de Zúñiga y Cayetano de Herrera en 1832– las prendas relevantes que adornaban a los jueces, propias del alto ministerio que ejercían, para lograr el objetivo de la recta administración de justicia (15). Las calidades que debían adornar a la magistratura afectaban a todos los aspectos de las personas de los jueces –intelectuales, morales... pero también físicos (16)–, y eran, por ello, amplias, abundantes y cumulativas; de ahí que en la década de los Treinta todavía se siguió acudiendo a las calidades que se extraían de las leyes de Partida o que se recogían en la Novísima Recopilación. En dichos textos se basaron precisamente dichos autores para afirmar de los jueces que:

> «Al menos exige la ley como prendas de que deben estar precisamente adornados que sean leales, de buena fama y sin codicia: que tengan sabiduría, para juzgar con rectitud los pleitos, por sus conocimientos y experiencia: que estén adornados de amabilidad y mansedumbre: y que teman al Ser Supremo; temor saludable que les infundirá piedad y justicia» (17).

(15) ORTIZ DE ZÚÑIGA, Manuel y DE HERRERA, Cayetano, *Deberes y atribuciones de los Corregidores, Justicias y Ayuntamientos de España,* tomo IV, Madrid, 1832, pág. 17.

(16) Archivo Histórico Nacional, Jueces y Magistrado, Leg. 4516, exp. 4109, en apéndice documental de SERRANO, Antonio, "Gordura y magistratura: la desgracia del juez Jabalquinto", en *Anuario de Historia del Derecho Español,* 1197, págs. 1465-1495.

(17) ORTIZ DE ZÚÑIGA, Manuel y DE HERRERA, Cayetano, *Deberes y atribuciones..., op. cit.,* pág. 17.

Pero las calidades no se limitaron al plano doctrinal, sino que durante toda esta etapa siguieron teniendo traducción normativa. En este sentido, todas las disposiciones del periodo isabelino referentes a la justicia asumieron la necesidad de la concurrencia en jueces y magistrados de las calidades necesarias para su recta administración. El mismo Real decreto de 1836 antes citado sobre nombramiento de jueces de primera instancia establecía que la provisión de plazas debía recaer en personas que hubieran "acreditado su aptitud, su adhesión al trono y a la libertad legal, su integridad, su prudencia y las demás virtudes que forman el carácter del buen juez"; *demás virtudes* entre las que la normativa incluía la "laboriosidad constante", el "estudio continuo del Derecho", un "celo no interrumpido", la "pureza sin mancha" y el "ardiente amor a la justicia", como "primera de las virtudes o, por mejor decir, el compendio de todas" (18).

Sin embargo, fijémonos en que entre las "virtudes que forman el carácter del buen juez" reguladas en la citada disposición se encontraba como elemento preponderante la *adhesión política*, cualidad que –como hemos visto en el capítulo correspondiente– se había incorporado ya en el constitucionalismo gaditano y se traducía ahora en admisión al trono de Isabel II. Así, los fiscales del Tribunal Supremo consideraron indispensable en jueces y magistrados el "amor a las instituciones vigentes, adhesión al trono legítimo, y no haber sufrido pena por desafección a aquéllas ni a éste", muy especialmente si pretendían gozar del beneficio de la inamovilidad (19). De hecho, una de las primera actuaciones del gobierno isabelino sobre la justicia en 1836 fue la constitución de una Junta "virtuosa, sabia y patriótica" de calificación de jueces y magistrados que

(18) Real orden del Ministerio de Gracia y Justicia de 14-3-1863, "recomendando á la Magistratura la necesidad de administrar pronta, recta é imparcial justicia", *CL*, tomo 89, págs. 218-219.

(19) ACGC, organización de tribunales, leg. 0, carp. 12, doc. único.

tuvo como objeto depurar al personal judicial de su pasado fernandino para poder hacer inamovibles sólo a los jueces y magistrados considerados depurados (20).

La estrechísima vinculación entre inamovilidad y adhesión política –en la medida en que la concesión de la primera dependió de la declaración de la segunda– chocaba frontalmente con la proclamación del juez inamovible como principio del liberalismo y presupuesto de independencia. Y resultaría incompatible mientras que de entre las causas de la inamovilidad fuera más relevante la vinculación a la política del Gobierno que a la ley. Por ello, a pesar del discurso de juristas como Joaquín Francisco Pacheco sobre la necesidad de separar las esferas política y judicial, lo cierto es que durante el reinado isabelino la adhesión política continuó siendo –como lo había venido haciendo desde Cádiz– un *elemento estructural* de la administración de justicia, ya que declarar inamovibles a los políticamente favorables fue un mecanismo para dotar de estabilidad a una magistratura artífice de los planes gubernamentales.

A pesar de la imposibilidad de su implantación, en el ámbito judicial la inamovilidad fue, sin lugar a dudas, la reivindicación y el objeto de regulación por excelencia a lo largo de toda esta etapa del XIX. La relevancia de este principio trascendió el hecho de ser presupuesto de la independencia; constituyó precisamente por ello, pero también además, el elemento de definición del juez frente al resto de funcionarios, un criterio de organización de la magistratura y la contrapartida de su responsabilidad. Sin embargo, ante una inamovilidad impracticable, todos los aspectos anteriores que desde un punto de vista teórico se fundamentaban y derivaban de ella, no pudieron articularse en la práctica de la manera prevista, poniendo de manifiesto las limitaciones de un concepto liberal que se proclamó

(20) Real decreto del Ministerio de Gracia y Justicia de 22-9-1836, "mandando formar una junta que calificará a los magistrados y jueces de todos los tribunales", *CL*, tomo 21, págs. 414-415.

pero que no se realizó: el del juez inamovible. Veamos, pues, más detalladamente los límites y dificultades para arbitrar un concepto de juez, un orden y una responsabilidad judicial más allá del terreno discursivo, el único al que perteneció la inamovilidad decimonónica.

a) La especialidad del juez. El peso depositado en la persona del juez para el buen funcionamiento de una justicia que derivaba su calidad de las calidades de quienes la impartían, hacía imprescindible una definición del juez adecuada al propio papel que desempeñaba. Sin embargo, a pesar de lo que pudiera parecer desde la teoría liberal, la elaboración de la especialidad del oficio del juez respecto de la resto de los funcionarios fue una tarea compleja, como conflictiva había sido y seguía siendo la definición misma de "funcionario" –término que nombraba antes al objetivo que al objeto– en un periodo de construcción del aparato de la Administración. A dificultar más aún la idiosincrasia del juez contribuirían las *asimilaciones* de cargos que, desde mediados de los años Treinta y, especialmente a mitad de siglo, se permitieron entre empleados del orden administrativo y del judicial.

Así, en última instancia, la especialidad del oficio de juez a la que se acudió reiteradamente radicó en su inamovilidad. Al contrario que los funcionarios del orden administrativo, amovibles a voluntad del ministro que los nombraba, los jueces debían ser inamovibles. Tal y como se había expuesto en las primeras Cortes del Estatuto, mientras que "los empleados y agentes de la administración tienen que ser revocables", la autoridad judicial "se ejerce normalmente en los Gobiernos constituidos en régimen representativo por jueces inamovibles" (21). La búsqueda de la particularidad del oficio en su carácter de inamovible ya sabemos que respondía a la teórica única sujeción a la ley formal, de la que emanaba lógicamente un "saber jurídico" exigible al juez en particular que lo dotara de neutralidad frente al resto de los administradores en general.

(21) DD. SS. Estamento de Procuradores, sesión de 14-8-1834, apéndice al n.° 17, pág. 3.

Sin embargo, el juez adecuado al orden que hemos estado viendo hasta ahora no podía tratarse de un juez técnico. Prueba de ello fue la indefinición y abstracción misma a las que estuvo sometido ese preciso requisito del *saber* de la magistratura. La competencia necesaria para considerar al juez como juez excedía el ámbito de los –ya de por sí difuminados en su perfil– conocimientos jurídicos, para instalarse en el terreno mucho más vasto de la *práctica judicial*. De entre todas las cualidades exigidas al juez, los "conocimientos jurídicos" quedaron diluidos como un aspecto más de la estimación del mérito. Y en ese sentido es en el que tenemos que entender los proyectos de acceso a la magistratura *por oposición* que se conocieron y se trataron de implantar desde mediados de siglo (22). Todos esos proyectos, que venían, por unas vías o por otras, a responder a las dificultades –y al interés– mostrados por el Gobierno para establecer un sistema eficaz y ordenado de acceso a la magistratura, respondieron a una demanda de combinar el conocimiento con el mérito, hasta que finalmente se articulare de una manera definitiva conforme a estos parámetros el sistema de oposición en la LOPJ, con el objetivo último de que "desempeñen los cargos judiciales no los aptos, sino los más aptos, no los dignos, sino los más dignos" (23).

En definitiva, las dificultades experimentadas a lo largo de la segunda mitad del XIX para construir el carácter propio del juez no hicieron sino mostrar las limitaciones de la definición liberal del juez inamovible y neutro como consecuencia de su única sujeción a la ley. La idea que subyació a la selección del

(22) ACGC, organización de tribunales, leg. 6, carp. 2, doc. 1.
(23) Preámbulo de la LOPJ.

juez fue la de vincularlo al orden político existente y a la moral dominante de la época, así como supeditarlo a valores externos que trascendían el conocimiento del orden de legalidad o de las técnicas de su aplicación. El juez *apto* se comprendió como un juez *apto para poder llevar a cabo los planes del Gobierno*. Es difícil expresar el planteamiento último que movió la selección del juez tan certeramente como lo hizo la Comisión General de Codificación a propósito de la organización judicial:

> «Es conveniente, es hasta necesario que el Gobierno influya directamente en el nombramiento de los Jueces, y lo es tanto más cuando que son inamovibles y no está en su arbitrio separarlos. Si el Monarca no ha de poder separar a los Jueces ni tampoco nombrarlos, ¿cómo se concibe que ese mismo Monarca, depositario del poder ejecutivo, sea el encargado de promover la administración de justicia?» (24).

b) La gestión del personal. La inamovilidad acarreó, a su vez, serias consecuencias con respecto a la organización del personal judicial derivadas de la comprensión de dicha inamovilidad como *propiedad del cargo*. En efecto, a estas alturas del siglo, el conflicto derivaba de la concepción patrimonial del oficio y que ya hemos visto que generó, en el constitucionalismo gaditano, una problemática específica y determinante para la organización judicial asociada a figuras como la del cesante. Sin embargo en la justicia isabelina los problemas del personal no sólo no se solventaron sino que además se agravaron, ya que al confuso e inestable panorama de la magistratura heredada se le trató de superponer una comprensión funcionarial que adecuara dichos cargos a las exigencias de una aparato administrativo en desarrollo.

(24) ACGC, organización de tribunales, leg. 6, carp. 2, doc. 1.

Esta progresiva imposición de nuevos criterios administrativos, no obstante, chocaba frontalmente con determinados aspectos de una concepción tradicional de los oficiales de justicia. Piénsese en las dificultades para construir sobre el antiguo oficio de juez una nueva categoría administrativa no sólo cuando el oficio se sigue concibiendo como *propiedad* sino cuando, además, y como consecuencia, el salario sigue considerándose la remuneración de una inversión previa hecha por el juez para convertirse en tal, y las condiciones del cargo se entienden no como derechos aparejados al puesto sino como *gracias*, requiriendo por ello para su reconocimiento su previa solicitud y su posterior concesión.

La centralidad de la persona del juez meritorio para el funcionamiento de la administración de justicia contrastaba con la creación de una categoría aséptica de juez funcionario mero aplicador de normas. En ese sentido, las dificultades para *funcionarizar* al juez de calidades se canalizaron a través de la inclusión de un modelo de juez incuestionado, por útil para el orden, en las nuevas estructuras creadas desde la perspectiva de la Administración. El ejemplo más significativo fue la construcción a lo largo de todos estos años de una verdadera *carrera judicial*, que quedó finalmente consolidada en la LOPJ. La carrera supuso articular progresivamente una jerarquía muy marcada e insertar a los virtuosos jueces y magistrados en una rigurosa dinámica de ascensos, destinos y clasificaciones, asignando así un nuevo significado a los méritos del juez, que en esos momentos sirvieron también para traducirse en escalones de progresión en una estructura ascendente.

Y es que, en efecto, de clasificar al personal se trató. Ya la conciencia de la primacía de las personas de los jueces para la administración judicial hizo que durante la segunda mitad del siglo las verdaderas reformas de la justicia se comprendieran como *arreglo* de su personal y, por tanto, pasaran necesariamente por la *reorganización* de la magistratura. El proceso ordenador culminaría formalmente en 1870 con la LOPJ, un texto construido sobre la base de un presupuesto compartido durante

todos los años precedentes, a saber: "La reorganización de la Magistratura y de la Judicatura es la base sobre la que han de descansar las garantías que son necesarias al poder judicial y que la ley reconoce" (25).

La ordenación del personal constituyó un largo y arduo proceso de clasificación casuística de jueces y magistrados y de posterior reubicación en el seno de la estructura judicial. Esta estructura se articuló a través de escalafones en los que se insertaron jueces y magistrados previamente clasificados en clases y categorías a la vista de sus expedientes personales (26). En última instancia, a medida que avanzó este proceso de inserción del juez en una carrera jerarquizada y de limitación de su espacio de actuación se fue consolidando su consideración y, por tanto, su gestión, como mera *categoría administrativa.*

c) La responsabilidad judicial. Tal y como repetía una y otra vez el discurso liberal, el contrapeso necesario de la inamovilidad del juez era precisamente su responsabilidad. Así, si algo debía caracterizar la justicia esto era "la independencia bien entendida de los tribunales y la inamovilidad voluntaria de los jueces, si bien con el necesario contrapeso de la responsabilidad de éstos" (27), precisamente para combatir con el *correctivo de la responsabilidad* los posibles excesos que pudiera cometer una magistratura declarada inamovible. La vinculación derivaba, de nuevo, de la definición liberal de la justicia y del

(25) Decreto del Ministerio de Gracia y Justicia de 3-10-1870, "determinando la forma en que ha de constituirse la Junta calificadora de Magistrados y Jueces a que se refiere la Disposición Quinta Transitoria de la Ley Orgánica del Poder Judicial", *CL*, tomo 105, págs. 20-25.

(26) BRAVO, Emilio, *De la Administración de Justicia*, Madrid 1864, págs. 128-133.

(27) Real decreto del Ministerio de Gracia y Justicia de 8-10-1847, "mandando que el ministro de Gracia y Justicia someta a la Real aprobación y presente a la de las Cortes un proyecto de ley sobre el nombramiento, responsabilidad e inamovilidad de los jueces y magistrados", *CL*, tomo 42, págs. 224-227.

juez: la otra cara del oficio de un juez definido en virtud de la ley era el de la responsabilidad por la infracción de la ley misma cuya sola aplicación lo caracterizaba. Muy claramente lo expuso el Tribunal Supremo en 1838 al afirmar que:

> «Los jueces son responsables personalmente de toda infracción de ley que cometan. Es por lo mismo claro que la responsabilidad correlativa a la inamovilidad, que la responsabilidad necesaria para que la inamovilidad produzca las ventajas que ofrece y nunca los perjuicios que pudiera producir, es la que procede de la infracción de ley» (28).

Efectivamente existía una responsabilidad civil y penal del juez de cara al justiciable, derivada ya de la vulneración de la ley, ya de la comisión de una infracción recogida en las leyes penales. Sin embargo, ausente el Derecho codificado, a la hora de articular la responsabilidad específica del juez afloraron infinidad de dificultades; de ahí que respecto a la responsabilidad "legal" en distintos foros se denunciaron

> «los peligros que la acompañan siendo nuestra legislación civil tan varia, extensa y contradictoria. Ningún juez ni magistrado podría librarse de incurrir en ella si este desorden legislativo fuere permanente» (29).

La responsabilidad mostraba todas las limitaciones a las que se sometía la definición del juez liberal. Faltando el presupuesto de un orden de legalidad y, ante la dificultad de motivar las sentencias, este modelo de responsabilidad hacia el justiciable perdió peso en favor del control de la propia persona del juez, responsable cada vez más como funcionario de la Administración. Así, fue la faceta *disciplinaria* la que cobró una importan-

(28) ACGC, organización de tribunales, leg. 0, carp. 15, doc. único.

(29) ACGC, organización de tribunales, leg. 6, carp. 5, doc. 15.

cia creciente. Su preponderancia se consolidó definitivamente a mediados de siglo, con la introducción en el espacio administrativo de la autorización previa para procesar a los empleados públicos y su traducción –y consagración definitiva en el texto de 1870– en *antejuicio* en el ámbito judicial.

El antejuicio sirvió para aislar en cierta medida a la administración judicial *desresponsabilizándola* de cara a los justiciables, mientras que, al mismo tiempo, se incrementó el control disciplinario en el seno de la propia jerarquía administrativa respecto a los superiores y, en última instancia, al Gobierno. Repárese en que la flexibilidad de la formulación de los supuestos de responsabilidad disciplinaria que aparecían por doquier ("desmerecer en el concepto público", "cometer irregularidades de la conducta moral", "desprestigiar la función judicial", "comprometer el decoro del ministerio"...) favorecieron precisamente el control administrativo y/o político de un juez todavía meritorio.

Pero no sólo eso: al mismo tiempo la *responsabilidad disciplinaria,* por sus características, fue el instrumento idóneo para cumplir el objetivo de gestionar en sede administrativa a unos jueces y magistrados de calidades en vías de *funcionarización.* Así pues, el disciplinario constituyó un mecanismo preeminente para controlar, depurar, articular y, en última instancia, reformar la magistratura heredada con parámetros de Administración.

A) Recapitulación

Hasta ahora hemos hablado de independencia, de inamovilidad, de responsabilidad del orden judicial, como los rasgos propios del discurso liberal sobre la justicia decimonónica. En este plano discursivo se trató de articular una teoría bien trabada que caracterizara y definiera al poder judicial frente a la Administración. Sin embargo, junto a este entramado políticamente relevante hemos visto hasta ahora que existió una realidad jurídica-

mente posible, que convivió con esos principios liberales y les dotó de su verdadera dimensión en la España isabelina.

Así, en función de todo lo que hemos expuesto, podemos afirmar a estas alturas que detrás del discurso sobre la independencia del poder judicial, antes que un presupuesto indispensable para la imparcialidad del juez lo que se encerró en realidad fue el aislamiento de lo judicial para no entorpecer el desarrollo del espacio autónomo de lo administrativo. Se trataba, por tanto, en palabras de Carlos Garriga (2002b: 325), de "liberar al poder administrativo de la justicia", pero no al contrario.

Del mismo modo, detrás del discurso sobre la inamovilidad de los jueces, si la sujeción del juez lo fue no exclusivamente a la ley sino a la política y a la moral imperante, la reivindicación de inamovilidad no encerraba una garantía de independencia del poder judicial, sino de estabilidad de los jueces propietarios de su oficio inmerso en un escenario de inestabilidad política.

Igualmente, detrás de la responsabilidad judicial como contrapunto de la inamovilidad y la independencia, si la función del juez no consistió únicamente en la aplicación de la ley, su responsabilidad no pudo comprenderse y articularse como mera sujeción a la ley, sino de un modo jerárquico, gubernativo, disciplinario.

La puesta en planta de los principios políticos del orden judicial tuvo el límite de la realidad de la justicia isabelina sobre la que se trataron de imponer, que estuvo gobernada por la centralidad de la figura de los jueces y, por consiguiente, por los verdaderos problemas de la justicia de todo ese periodo: los *problemas de personal.* En aras de la implantación de los principios liberales se procedió, con los instrumentos de la Administración, a organizar disciplinariamente una magistratura de calidades.

2. *Las calidades de los procedimientos*

El hecho de que el Derecho naciera de quien lo aplicara explicaba el control al que se sometía a la magistratura. Pero no

se trataba únicamente de quiénes lo aplicaban, sino también de cómo lo hacían. Ciertamente, ya apuntábamos al principio que la justicia de las resoluciones residía tanto en las personas de quienes las dictaban cuanto en el procedimiento seguido para dictarlas, de tal manera que al igual que no podía considerarse justa una sentencia dictada por un juez injusto, tampoco podía serlo si un juez justo resolviera tras un proceso injusto.

Para que la justicia fuera tal, su administración debía ser *recta y pronta*. El Reglamento provisional para la administración de justicia de 1835, la norma de procedimiento más importante de este periodo, que estuvo vigente hasta la promulgación de la LOPJ, comenzaba estableciendo que la "pronta y cabal administración de justicia es el particular instituto y la primera obligación de los magistrados y jueces establecidos por el Gobierno para ello" (30). Ciertamente, la persecución de la "pronta, recta e imparcial justicia" requería no sólo que las decisiones fueran justas, esto es, "rigurosamente imparciales", sino que, era preciso, además, que fueran prontas, "sin faltar a los trámites y términos prescritos por las leyes" (31).

La observancia de las normas de procedimiento se convirtió, así, en una garantía de acierto en los fallos, y mucho más aún si atendemos a las características del orden normativo vigente en esos momentos: ante las dificultades del sistema para generar leyes materiales, las procesales se convirtieron en las verdaderas sustentadoras del orden jurídico y su rigurosa observancia, por consiguiente, fue imprescindible para el mantenimiento de toda la administración judicial. Certeramente lo expusieron los fiscales del Supremo, al afirmar que las leyes:

(30) Real Decreto del Ministerio de Gracia y Justicia de 26-9-1835, "mandando observar el Reglamento provisional para la administración de Justicia en lo respectivo a la jurisdicción ordinaria", *CL* tomo 20, págs. 396-437.

(31) Real orden del Ministerio de Gracia y Justicia de 14-3-1863, "recomendando a la Magistratura la necesidad de administrar pronta, recta é imparcial justicia", *CL*, tomo 89, págs. 218-219.

«mientras no sean aclaradas y reducidas en buenos códigos, difícil será que se presente una infracción en el fallo. Las que darán por lo común lugar a las causas de responsabilidad serán relativas a los trámites de los juicios» (32).

Con respecto al orden de los juicios, se entendió que la primera de las calidades era la *competencia*. Todo juicio debía seguirse ante el juzgado o tribunal competente, pero las muchas clases de fueros especiales que convivieron con el ordinario convirtieron la competencia de jurisdicción en calidad imprescindible del procedimiento (33). Una vez establecida la competencia, cabe señalar que los juicios civiles y criminales de la jurisdicción ordinaria revistieron caracteres propios que los diferenciaron entre sí.

Por lo que respecta a los primeros, dirigidos a tutelar los intereses particulares, era precisamente la *rectitud* del juicio, traducida en solemnidad procesal, la calidad que se hizo primar. Eso explicaría por qué prevaleció a lo largo del siglo como proceso ordinario el modelo recogido en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, un procedimiento civil plenario declarativo de mayor cuantía, que se asentó frente al procedimiento más sencillo articulado en el citado Reglamento provisional, así como se impuso frente al intento racionalizador y de economía procesal que se contenía en la Instrucción del procedimiento civil con respecto a la Real Jurisdicción ordinaria del Marqués de Gerona de 1853 (34).

Por su parte, constituyeron calidades esenciales del proceso para asegurar la justicia de la resolución todas las que propiciaban la audiencia y la contradicción de parte, porque, explica

(32) ACGC, organización de tribunales, leg. 0, carp. 12, doc. único.

(33) ORTIZ DE ZÚÑIGA, Manuel, *Elementos de práctica forense,* tomo I, Granada 1841, págs. 163-164.

(34) Real orden del Ministerio de Gracia y Justicia de 30-9-1853, "conteniendo la instrucción para el procedimiento en los negocios civiles con respecto a la Real jurisdicción ordinaria".

Fernando Martínez (2002: 71), "si lo que importa es la calidad de las personas que juzgan sobre la vinculación a la ley de lo juzgado, cuantos más y más distintos sean los jueces que vean un pleito y cuantas más veces se vea, más motivos tendrá la parte para no recelar de que la solución es injusta".

En el proceso penal, sin embargo, las actuaciones debían ir dirigidas a que "no quedaran impunes los delitos con detrimento de la vindicta pública, ni se perjudica en nada la justa defensa de los reos" (35). La *prontitud* fue en estos juicios penales la principal de las pretensiones de la administración de justicia, en especial cuando ni el Reglamento de 1835 ni las leyes provisionales de 1850 ó 1872, para la aplicación de los Códigos penales de 1850 y 1870 respectivamente, habían afrontado con eficacia el problema de las dilaciones procesales. Habría que esperar hasta 1882, con la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para que se atendiera a las grandes demandas del siglo en materia criminal.

III. LAS TRANSFORMACIONES DE LA *ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA* COMO *APARATO INSTITUCIONAL:* LA ESTRUCTURA JUDICIAL

El proceso de *administrativización* de la justicia que dominó toda la segunda mitad del XIX español no sólo no dejó indemne la estructura judicial sino que alteró también notablemente el espacio jurisdiccional en el que ésta operó y se asentó. En este apartado centraremos la atención sobre los procesos más significativos que confluyeron en la administración de justicia como aparato, y que arrojaron como resultado la *reducción* de los sujetos dotados de potestad jurisdiccional y la *administrativización* de los restantes, es decir, la adecuación del espacio y de los artífices de la justicia a los nuevos planteamientos y estructuras del Estado liberal.

(35) ORTIZ DE ZÚÑIGA, Manuel y DE HERRERA, Cayetano, *Deberes y atribuciones... op. cit.*, tomo IV, pág. 33.

1. La construcción de un monopolio jurisdiccional

El primero de los procesos que debemos apuntar en esta línea es el que condujo a delimitar el ámbito de atribuciones administrativas y a liberar ese nuevo marco de competencias de la administración de aquéllas que se consideraron meramente judiciales. Ya sabemos del capítulo anterior que en 1845 la creación de la justicia administrativa resolvió la indeterminación por *convertibilidad* de las categorías "contencioso/gubernativo" que venía siendo permanente desde 1834. Pero también sabemos que más que la articulación de dicha justicia, fue el *aforamiento* de los administradores el que bloqueó la determinación conflictiva en sede judicial de las competencias de las autoridades.

Sin embargo, a partir de 1845 el escenario de los conflictos se trasladó a la Administración. De este modo, y hasta 1868, el deslinde de las actuaciones de autoridades judiciales y administrativas enfrentadas se llevó a cabo en sede administrativa a través de los *conflictos de competencias*, que sirvieron para delimitar *casuísticamente* las atribuciones de las autoridades en conflicto. Pero no se trató únicamente de ello. Téngase en cuenta que, además, comprendido este procedimiento en el seno de una dinámica mucho amplia que excedía el de la mera predeterminación procesal del juez ordinario, la resolución de los conflictos de competencias sirvió también a lo largo de estos años para delimitar el ámbito de las numerosas jurisdicciones concurrentes entre sí y, en última instancia, para ampliar, a través de incursiones procesales, el marco de atribuciones de la jurisdicción ordinaria frente al resto de jurisdicciones particulares. Los logros obtenidos por dicho proceso se encaminaban claramente a la consecución de un monopolio jurisdiccional.

2. La expansión de un modelo de justicia profesional

La relación entre jurisdicciones, sin embargo, no debe leerse exclusivamente en el plano de la concurrencia de la justicia

ordinaria con las especiales; otra de las claves fundamentales de lectura se encontraba en una estrategia que ya había tenido lugar durante el antiguo régimen y el constitucionalismo gaditano, como fue la difusión de la justicia letrada en detrimento de una justicia lega desempeñada por sujetos dotados de potestad jurisdiccional ("justicias" o alcaldes ordinarios, árbitros, conciliadores, jurados...) pero no profesionales.

En este sentido, un proceso paradigmático fue el de la introducción definitiva con la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 de los *jueces de paz* para hacerse cargo de las competencias judiciales que estaban atribuidas hasta ese momento a los alcaldes ordinarios. En este proceso se puso de manifiesto toda la tensión que generaba la expansión de una manera centralizada de hacer justicia en espacios de jurisdicción hasta ese momento autónomos. A este respecto, alegaba en 1856 la Diputación general de la provincia de Guipúzcoa que:

> «Desde tiempo inmemorial han seguido los señores alcaldes de los pueblos de esta provincia entendiendo a la vez en los diferentes ramos de administración civil, económica y judicial, siendo ésta la razón porque su prestigio ha llegado a rayar tan alto, que los naturales del país los miran como si fueran unos órganos de la ley por la representación que llevan en su autoridad del Jefe Supremo de la Nación». De lo que se deducía que hacer novedad respecto a la autoridad de los alcaldes sería, pues, «afectar directamente a los fueros, buenos usos y costumbres de estas provincias» (36).

A las alegaciones de la Diputación respondería el Consejo de Estado lo siguiente:

> «La Constitución de la Monarquía establece que al Rey corresponde cuidar de que en todo el reino se administre

(36) Archivo del Consejo de Estado (ACE), leg. 231, exp. 501.

> pronta y cumplidamente la justicia y mal podría verificarse esto si la ley no pudiera establecer en tribunales y juzgados los procedimientos que mejor convinieren, y bajo la forma adecuada para su instituto». Por ello, «si las Provincias hubiesen continuado administrándose justicia con arreglo a fuero, se habría faltado a la unidad constitucional».

Y, del mismo modo, continuaba arguyendo el Consejo la conveniencia del establecimiento de los jueces de paz basándose en la *unidad de la administración*, al entender que:

> «una de las reglas de buena administración es la unidad, sin la cual ni puede haber coherencia en la marcha administrativa: los fueros generales o especiales son un obstáculo para conseguir este objeto» (37).

La argumentación del Consejo de Estado ponía de manifiesto la clave de todo este proceso: la expansión del modelo oficial de justicia respondió a una comprensión centralizada del poder para la que no resultaba útil la pervivencia de determinados órganos autónomos y dotados de potestad jurisdiccional, que se eximieran de la lógica burocrática y del consiguiente tratamiento funcionarial y disciplinario, que rigió y hemos visto que organizó todo el aparato judicial.

3. *La administrativización de la estructura judicial*

El ejercicio de la jurisdicción ordinaria, que constituía, cada vez más, un espacio jurisdiccional homogéneo, estaba encomendado a unos órganos estatales que sufrieron múltiples reformas a lo largo de los años centrales del siglo. Sin embargo, si algo caracterizó todas esas modificaciones fue el hecho de que

(37) ACE, leg. 231, exp. 537.

se encuadraran en la dinámica administrativa que envolvió la redefinición de la justicia en el nuevo Estado liberal.

Podemos situar el punto de partida en el itinerario de *administrativización* de toda la estructura judicial en 1834, con la supresión de los Consejos de la Monarquía y su transformación en Tribunales Supremos justicia (38). Esta reforma fue acompañada de una división de los partidos judiciales basada en la división provincial de 1833 (39), trayendo causa, por consiguiente, la organización judicial de una previa meramente administrativa. Una vez organizado el territorio judicial, el organigrama de la justicia se fijó en el gubernamental *Reglamento* provisional para la administración de justicia de 1835 (40). Depositaba esta norma la jurisdicción ordinaria en manos de una jerarquía organizativa constituida por los jueces de paz, los alcaldes, los jueces letrados de primera instancia, las Audiencias y el Supremo Tribunal de España e Indias.

Ese mismo año la regulación se completó con las Ordenanzas de las Audiencias (41), así como con el Reglamento del Tribunal Supremo de España e Indias (42). Sin embargo, no sería hasta tres años después, en 1838, cuando realmente se situó al Tribunal Supremo como cúspide de la jerarquía judicial, al convertirse en una suerte de órgano de casación (43) y, por ende, en

(38) Reales Decretos del Ministerio de Gracia y Justicia de 24-3-1834, "que contienen el arreglo de los Tribunales supremos de la Nacion, con las atribuciones y demas que les corresponde", *CL*, tomo 19, págs. 158-166.

(39) Real decreto del Ministerio de Gracia y Justicia de 21-4-1834, "subdividiendo las provincias en partidos judiciales", *CL*, tomo 1, págs. 394-395.

(40) *Cit.*

(41) Real decreto del Ministerio de Gracia y Justicia de 19-12-1835, que contiene las "Ordenanzas para todas las audiencias de la Península é Islas adyacentes", Colección de *El Castellano*, tomo 2, págs. 56-87.

(42) Real decreto del Ministerio de Gracia y Justicia de 17-10-1835, "que contiene el Reglamento del Tribunal supremo de España e Indias", *CL*, tomo 20, págs. 465-485.

(43) Real decreto del Ministerio de Gracia y Justicia de 4-11-1838 "sobre recursos de segunda suplicación e injusticia notoria", *CL*, tomo 24, págs. 592-596.

intérprete por encima de las Audiencias, que hasta esa fecha venían considerándose los tribunales superiores de la Monarquía. Junto con la regulación de los tribunales supremos del Estado, por lo que respecta a los juzgados de primera instancia, su régimen y atribuciones se recogieron en el Reglamento de los juzgados de primera instancia del reino de 1844 (44). En 1845 la formación de la jurisdicción contencioso-administrativa consolidó claramente la configuración definitiva de la de justicia como una parte más de la Administración (45).

Mientras que autores como Manuel Ortiz de Zúñiga trataron metódicamente de reconstruir el orden de la justicia y su funcionamiento a principios de todo este periodo (46), otros como Emilio Bravo reconstruyeron la estructura judicial de la jurisdicción ordinaria que se encontraba vigente en época inmediatamente prerrevolucionaria. Así, tras todas las transformaciones sufridas, Bravo sintetizó el panorama institucional de la justicia ordinaria a estas alturas del siglo entendiendo que existían un Tribunal Supremo de Justicia como el más alto tribunal de la jerarquía judicial, unos tribunales superiores en cada uno de sus respectivos territorios, las Audiencias, juzgados de primera instancia en los partidos judiciales, jueces de paz y, finalmente, por conservar todavía algunas de sus atribuciones, alcaldes ordinarios (47).

A partir de la Revolución de septiembre de 1868 entramos ya en un mundo distinto que trató de fundamentarse sobre nuevas

(44) Real decreto de 1-5-1844, "que contiene el Reglamento de los juzgados de primera instancia del reino", *CL*, tomo 32, págs. 658-675.

(45) Leyes del Ministerio de la Gobernación de 2-4-1845, "decretando las atribuciones de los Consejos provinciales" y de 6-7-1845, "de organización y atribuciones del Consejo Real", en *CL*, tomo 34, págs. 129-133 y tomo 35, págs. 8-12, respectivamente.

(46) Ortiz de Zúniga, Manuel, *Biblioteca judicial o tratado judicial metódico de la organización y atribuciones de los Juzgados de primera instancia, de las Audiencias y del Tribunal Supremo de Justicia*, Madrid 1840 y 1841, 2.ª ed.

(47) BRAVO, Emilio, *De la Administración..., op. cit.*, págs. 134-154.

bases, también por lo que respecta a la justicia. Lo más significativo de 1868 a efectos del aparato judicial fueron los decretos dictados a finales de año sobre cancelación de la jurisdicción contencioso-administrativa del Consejo de Estado y de los Consejos provinciales, al suprimir estos por un ladoy la sección de lo contencioso de aquél por otro (48); así como el decreto de unificación de fueros, que suprimió la jurisdicción especial mercantil y de hacienda y restringió los fueros militar y eclesiástico (49). Medidas revolucionarias todas ellas que constituyeron el paso previo para la promulgación, finalmente, de la Ley provisional orgánica del Poder Judicial el 15 de septiembre de 1870.

IV. El resultado de la construcción del Estado liberal isabelino: la justicia como categoría de administración

En los años centrales de la década de los Treinta se planteó un aparato judicial inserto dentro de una nueva lógica administrativa que en esos momentos no respondía a ningún referente constitucional; y, sin embargo, en términos generales ese planteamiento de la justicia permaneció vigente desde la época del Estatuto Real y atravesó incólume las siguientes experiencias constitucionales del siglo.

Desde el momento en que se pretendió articular el aparato de poder del Estado liberal a través de la maquinaria de la centralización administrativa, la justicia se concibió como una mera *parte*, y no la prioritaria, del diseño mucho más amplio y ambicioso del aparato administrativo y, como tal, lo judicial

(48) Decreto del Ministerio de Gracia y Justicia de 13-10-1868, "suprimiendo la jurisdicción contencioso-administrativa, los Consejos provinciales y la Sección de lo Contenciosos del Consejo de Estado", *CL*, tomo 100, págs. 304-305.

(49) Decreto del Ministerio de Gracia y Justicia de 6-12-1868, "estableciendo la unidad de fueros", *CL*, tomo 100/2, págs. 872-889.

recibió un tratamiento *administrativizado* y *administrativizante*. Así se hizo con los ámbitos y las estructuras que correspondían a la justicia, pero sobre todo con los jueces y magistrados, verdaderos artífices de un orden judicial que entendió que "la recta administración de justicia es inseparable de la integridad y pureza de los jueces" (50). En definitiva, en un mundo en transformación a la espera de construir un monopolio legislativo y jurisdiccional, seguía siendo en las personas de los jueces y en su actuación donde quedaba residenciada la justicia.

De ahí que los verdaderos problemas que arrastró la organización judicial a lo largo de todos estos años –como la conflictiva determinación y gestión del personal judicial– fueran fundamentalmente los problemas propios de una Administración como aparato en construcción, que trascendieron todos los momentos constitucionales y que, durante décadas, sirvieron para evitar todo compromiso con una definición constitucional de la justicia que, por ejemplo, la vinculara y definiera en torno a un término que no hecho su aparición hasta el momento: los *derechos*.

Pues bien: la experiencia constitucional que se inició en 1869 generaría el impulso necesario como para reflexionar sobre la justicia en términos de independencia, tratar de definirla en función de derechos y regularla por una "Ley orgánica", la primera *Ley* para la justicia del siglo que sirvió para dotar, finalmente, a la administración judicial decimonónica de una dignidad constitucional perdida desde hacía décadas. La recuperaría en 1870, pero ya no por ser los jueces y magistrados paradigma del ejercicio del poder concebido en términos jurisdiccionales, sino como una pieza más en ese juego de fuerzas y de equilibrios del Estado liberal. Antes de 1870, no obstante, todavía habrían de surgir una revolución y una constitución que, aunque no explicarían por sí solas la Ley, si la justificarían, así como justifica-

(50) ORTIZ DE ZÚÑIGA, Manuel y DE HERRERA, Cayetano, *Deberes y atribuciones...*, *op. cit.*, Tomo IV, pág. 19.

rían la novedosa presencia de una comprensión ausente en este breve recorrido por los aspectos del desapoderamiento de la justicia: el de la justicia como *poder*.

ORIENTACIÓN BIBLIOGRÁFICA

Tal y como ya se ha indicado en el texto, el presente trabajo se ha afrontado desde los presupuestos y perspectiva ofrecida por F. MARTÍNEZ en su estudio de la justicia decimonónica (MARTÍNEZ, 2002). La estructura que su obra presenta, adoptada a lo largo del capítulo, responde a una comprensión de las categorías de la justicia decimonónica desde la centralidad del juez que ilumina la reflexión sobre la función judicial y las instituciones que la ejercitan durante las décadas de construcción del Estado liberal en España. Este planteamiento ya abrió en su momento complejas pero clarividentes vías de investigación acerca de administración judicial a partir de su complicado arranque en el reinado isabelino (LORENTE, 1992), así como ha constituido la base fundamental para recrear toda una trabada historia prosopográfica de la justicia decimonónica en virtud del tratamiento de expedientes personales de la magistratura (SCHOLZ, 2003). Se trata ésta de una construcción explicativa del orden judicial de la segunda mitad del Ochocientos estructurada sobre la base de la *posibilidad jurídica* que ofrece la cultura del XIX y que cuestiona necesariamente otra historia de la justicia descrita e inscrita dentro de los límites de la mera *significación política* de principios liberales que marcaron esas décadas centrales del siglo (SÁINZ, 1992).

Desde la primera de las ópticas apuntadas, resulta imprescindible el estudio de la figura del juez, de su formación y de su papel en el nuevo orden (SERRANO, 1994; SCHOLZ, 1992 y 1997a y b), así como de las transformaciones en su definición y en el significado de su actividad sufridas a causa de una progresiva *profesionalización,* que lo es también de estructuras, categorías, planteamientos y lenguaje, en lo judicial (TOMÁS Y VALIENTE, 1983; SERRANO, 1991; SCHOLZ, 1996). En concreto, la importancia de las calidades del juez y de sus consecuencias para el funcionamiento de la justicia de todo este periodo está muy bien ilustrada por A. SERRANO (SERRANO, 1994 y 1997). La adhesión política como calidad se ha estudiado especialmente respecto del Tribunal Supremo como corporación moderada por MARTÍNEZ y LÓPEZ (MARTÍNEZ, LÓPEZ, 1992), a la vez que puede desprenderse de los datos estadísticos aportados por la obra de DÍAZ SAMPEDRO (DÍAZ, 2005). El interés por el oficio de juez para la administración de justicia convierte en fundamental el estudio de su contrapeso: la responsabilidad. Sobre ello es de imprescindible consulta el clásico de GIULIANI y PICARDI (GIULIANI, PICARDI, 1987).

Precisamente estos mismos autores abordan otro de los aspectos fundamentales del orden judicial, el tema del *proceso*, desde la perspectiva de su carácter revelador del verdadero poder del juez, en este caso en el juicio (GIULIANI, 1986; PICARDI, 1987). Sobre el procedimiento decimonónico, ceñido al desarrollo español, aunque a través del tratamiento procesal de los derechos fundamentales, puede consultarse el trabajo de ROMERO MORENO (ROMERO, 1983). En última instancia, las funciones del juez en el orden de los poderes y poder del juez en el orden de los juicios derivan del significado que le permite adoptar el orden normativo sin aparente solución de continuidad hacia una legalidad brillantemente descrita por P. CARONI (CARONI, 1996), en un proceso tan largo como significativo a los efectos de calificar el orden normativo decimonónico como el de la vinculación del juez a la norma *legal* (GARRIGA, LORENTE, 1997).

Desde el punto de vista del organigrama institucional, se pueden consultar el encuadre político de la organización judicial isabelina que ofrece PAREDES (PAREDES, 1991) o, más en concreto, los trabajos sobre el Tribunal Supremo de MORENO

PASTOR (MORENO, 1988) y su continuación cronológica ya citada (DÍAZ, 2005). Asumiendo, sin embargo, los presupuestos de la cultura jurídica que se ha mantenido hasta el momento, estos estudios resultan mucho más descriptivos de normatividad organizadora que explicativos del significado de la composición y la actividad orgánica de las estructuras del orden judicial. En este último sentido, son relevantes trabajos sobre tribunales como el Supremo y su producción en escenarios paradigmáticos (HALPÉRIN, 1987 y 1989) que contribuyan a la perspectiva comparada con la realidad de la cultura jurídica del XIX español y la importancia, en su seno, del más alto tribunal (SERRANO, 1989).

Finalmente, la justicia reconstruida en el espacio interesante al Gobierno y adecuado a la Administración (GARRIGA, 2002b) se convierte desde el lugar de partida del Estatuto Real en un producto *infraconstitucional* cuyo sentido y significado se explica, mucho antes que en cada una de las estaciones de los momentos constitucionales (APARICIO, 1995), desde el trayecto sin paradas de la justicia del Estado liberal (CLAVERO, 1992a y b) hacia una vinculación a derechos –constitucionales– (CLAVERO, 1988) que ahora consideramos como destino.

CAPÍTULO 9

JUSTICIA EN CASOS. GARANTÍA, CÓDIGO Y PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL DECIMONÓ[illegible]

Jesús Vallejo
Universidad de Sevilla

JUSTICIA EN CASOS.
GARANTÍA, CÓDIGO Y PRUEBA
EN EL PROCEDIMIENTO PENAL DECIMONÓNICO

SUMARIO: PRÓLOGO. I. PERCEPCIÓN PRIMERA DEL DELITO Y DEL PROCESO (1849). LA PRENSA PERIÓDICA ANTE EL DOBLE ASESINATO DE LA RED DE SAN LUIS. II. REPRESENTACIÓN LITERARIA DE LA CAUSA CÉLEBRE (1859). LOS *ANALES DRAMÁTICOS DEL CRIMEN*. III. EXAMEN DEL ANÁLISIS JURÍDICO DE CARAVANTES. IV. REFLEXIONES FINALES: PENSAMIENTO TÓPICO, GARANTÍA CONSTITUCIONAL, GARANTÍA LEGAL. ORIENTACIÓN BIBLIOGRÁFICA.

PRÓLOGO

Hace años, buscando una cita con la que encabezar una monografía recién terminada sobre la concepción medieval de la potestad normativa, consideré adecuado el versículo primero del capítulo 10 del libro de Isaías: *Ay de aquellos que dictan leyes inicuas*. Encontré la cita en castellano, pero decidí incluirla según la versión latina de la Vulgata, opción que me pareció entonces más seria y académica, y desde luego más apropiada en un libro sobre objeto medieval: *Vae qui condunt leges iniquas*. Un conocido mío, víctima de un bachillerato que hace décadas ha relegado al latín a un lugar muy secundario y de una

formación universitaria exclusivamente científica, al ver la cita ensayó a bulto una traducción espontánea que, aunque poco tiene que ver con la admonición del profeta, resultó todo un acierto: *Vea lo que cunden las leyes inicuas*. Y digo un acierto porque, además de ser una verdad al alcance de la imaginación o la experiencia de cualquiera, esta suerte de traducción consonante no está tan alejada del texto original: si a los tiranos a los que se refería Isaías les tentaba hacer leyes injustas, era precisamente porque les cundían mucho.

Las presentes páginas tenderán a centrarse en una de esas leyes que históricamente se han situado al borde de la iniquidad, si no abiertamente en ella, mostrando además cómo pudo históricamente cundir, dar de sí, resultar aprovechable. Para que ello fuera posible resultó decisivo el estado de regulación y funcionamiento –y hasta el de su misma concepción, cabría decir– de la justicia penal a mediados del siglo XIX; eso es lo que hace pertinente tratar del asunto en esta sede. Lo haremos a través del examen de un caso particular que alcanzó celebridad en su tiempo.

I. Percepción primera del delito y del proceso (1849). La prensa periódica ante el doble asesinato de la Red de San Luis

A principios de octubre de 1849, los diarios de Madrid se mostraban considerablemente preocupados por el difícil mantenimiento de la tranquilidad y el orden en la corte. A juzgar por las informaciones de los periódicos, inquietaba mucho por entonces la ya larga serie de delitos que venía sobresaltando a una población indefensa ante la osadía de las gentes de mal vivir, la ineficacia de los celadores de la policía y el lentísimo funcionamiento de la justicia. La queja no es insólita, desde luego, y se la puede encontrar en otros momentos de ese siglo y del siguiente. Pero tampoco resultaba insincera o exagerada:

cuando, a principios de los años sesenta del mismo siglo, otra ola de notorios crímenes volvió a perturbar la vida de la capital, los diarios rememoraron, como precedente, los años finales de la década de los cuarenta.

El clima de prevención hizo que alcanzara un eco notabilísimo la noticia de la comisión de un doble asesinato en la calle de la Montera, frente a la Red de San Luis, la noche del sábado 6 de octubre de 1849: en el domicilio del sastre José Lafuente aparecieron su cadáver y el de un desconocido sobre cuya identidad no hubo nunca certeza.

Las noticias eran en principio confusas, y la prensa diaria, recogiendo impresiones y rumores, tardó un tanto en fijar los hechos. *El País* fue uno de los primeros periódicos que informaron del caso, el domingo 7 de octubre de 1849. Uno de sus gacetilleros estuvo presente entre el gentío atraído la noche anterior por los gritos de auxilio procedentes del domicilio del sastre; muy poco aclaraba su crónica sobre la naturaleza del delito, sus perpetradores y sus víctimas, pero comenzaba con un lamento (se trataba de "uno de esos sucesos escandalosos que tan frecuentes son ahora, por desgracia, en la coronada villa") y acababa con una queja sobre la tardanza e inoperancia de los agentes de la autoridad que finalmente acudieron y detuvieron a los sospechosos. El lunes 8 de octubre otros periódicos se hacían eco del suceso, todavía con notables variantes, vacilaciones y dudas que se comenzarían a disipar para el público lector a partir de ese mismo lunes desde las páginas de *El Mensajero de los Tribunales*.



De este periódico judicial procede la más fidedigna información que en su tiempo, y también en gran medida en el nuestro, tenemos del proceso que siguió. No era un periódico diario, y no llevaba por entonces, en octubre de 1849, una trayectoria larga; pero sus fiables y vívidas crónicas constituyeron la más sólida pieza de una prensa que durante las siguientes semanas se fue dejando caer con todo su peso sobre los reos. Las descripciones de los trámites procesales, las resumidas o extractadas alegacio-

nes de la acusación y de la defensa, y hasta las notas de ambiente, se redactaban en *El Mensajero* con nervio y precisión, y los diarios solían reproducirlas a la letra. No eran, sin embargo, imparciales. Estaban escritas durante la celebración del proceso, y reflejaban un cierto clima que ellas mismas contribuyeron a conformar. Sus autores asumieron, y lo cumplieron con notable éxito, el papel de mediadores entre la expectante opinión pública y la justicia actuante, comprometidas ambas en el logro de un resultado que no tardó en vislumbrarse.

En el lugar de los hechos se detuvo a Clara Marina, sirvienta del sastre asesinado, y a su hermano Antonio. A ellos se atribuían las dos muertes, la del amo de Clara y la del desconocido, apuntándose la complicidad de este último. De los encausados nos han quedado tanto los retratos, que la entonces incipiente prensa semanal ilustrada se esforzó en ofrecer a los lectores (*La Ilustración. Periódico Universal*, que inauguraba una nueva sección de Tribunales creada *ad hoc*, publicó el sábado 27 de octubre de 1849 los "exactísimos" grabados, hechos sobre dibujos tomados del natural por un ilustrador que visitó la cárcel con tal propósito), como las semblanzas publicadas por *El Mensajero*, que no dudaba en añadir a los datos más objetivos ("Antonio Marina, de edad de 23 años, soltero, natural de San Juan del Monte, provincia de Burgos: su estatura cuatro pies y seis pulgadas...; Clara Marina, de 29 años de edad, soltera, de la misma naturaleza, de corta estatura, como su hermano..."), a veces ya de por sí susceptibles de despertar la aversión del lector (la "suciedad y abandono" de ambos, el "ceño fruncido" de Antonio, la "frente abultada en demasía" y las "cejas prominentes" de Clara), una intencionada adjetivación (Antonio es de "color quebrado, cara redonda y demacrada, mirada torva..., los ojos algún tanto torcidos"; Clara es de "color moreno quebrado..., ojos rasgados, torvos y fijos..., semblante sereno, impasible e iracundo"), manifestando a renglón seguido la conclusión avalada por la ciencia del momento: los rasgos de Clara Marina se consideraban "signos frenológicos del criminal sin remordimiento".

Un sorprendente comentario de la primera crónica de *El Mensajero de los Tribunales* atrajo enseguida la atención del resto de la prensa: el juez competente, el de primera instancia del distrito del Barquillo, José María Montemayor, estaba actuando con tal rapidez "que ayer domingo, a las diez de la mañana, se hallaba casi concluso el sumario y en disposición de recibir las confesiones, estando presente el promotor fiscal para emitir su dictamen". El martes 9 de octubre los diarios de información general reproducían literalmente los escuetos y seguros datos de *El Mensajero*, elogiando la insólita rapidez de los trámites judiciales, reclamando "un castigo ejemplar y severo" (*El País*), y señalando el tópico que iba tomando ya cuerpo aplicado al caso: "en esta clase de atentados que se repiten en la capital con demasiada frecuencia [...] casi siempre se nos presenta en primer término una criada desleal y traidora" (*El Heraldo*); *La Esperanza*, periódico reaccionario y nostálgico del absolutismo, se extendía sobre lo pernicioso que resultaba que los amos hubieran renunciado a la educación moral de sus dependientes, cosa que no sucedía en los añorados tiempos en los que los criados "se consideraban como parte integrante de la familia"; así, "este abandono de los amos, esta conducta disipada de las criadas son sin duda alguna origen de muchos de los robos y de los crímenes perpetrados últimamente en nuestra capital".

La atención de la prensa fue creciendo con el paso de los días. La esperada vista en primera instancia se celebró, previo señalamiento, al anochecer del día 10. La hora era "desusada", pero acudió numeroso público a pesar de la lluvia. En apenas dos horas se dictó sentencia, condenatoria a muerte para los dos hermanos. Los diarios la comentarían al día siguiente: el jueves 11 de octubre, para *El Heraldo* el velocísimo proceso era ya "causa célebre", y *El Mensajero de los Tribunales* editaba en suplemento un detallado relato de la vista, con descripción de escenas y ambientes y reseña de los discursos de acusación y defensa. Los diarios madrileños lo usaron como fuente, repro-



duciéndolo o extractándolo, en las ediciones de las jornadas inmediatas.

Por ellos sabemos también que la vista en segunda instancia, celebrada en la Audiencia de Madrid el día 13 de octubre, fue seguida con desacostumbrada atención: una multitud esperó durante horas, de nuevo a pesar de la lluvia, para intentar entrar en el edificio; se produjeron alteraciones del orden y hubo intervención a culatazos de la guardia civil; se tuvo que suspender la vista, proceder al desalojo y cambiar de sala, comenzando las actuaciones con el consiguiente, y considerable, retraso; el cronista de *El Heraldo*, zarandeado y robado en el tumulto, aportaba desde dentro un expresivo apunte sobre la parcialidad del público asistente: "Habló enseguida el defensor; pero estábamos a mal lado para oírle, y nada podemos decir de su defensa sin exponernos a errar; diremos sí, que ésta no fue oída con tanto interés como la acusación, y que la gran concurrencia parecía cansada de haber guardado por mucho rato un profundo silencio".

Los reporteros, en espera del desenlace cercano e inevitable, acudieron el día 29 de octubre a la vista en tercera y definitiva instancia, también ante la Audiencia madrileña, describiéndola con los efectismos de rigor: en las columnas impresas se reflejan la expectación enorme, el lleno en la sala, los lamentos y los llantos de los reos. Dos días después el garrote vil acabó con la vida de los condenados ante la Puerta de Toledo, a mediodía, en un multitudinario espectáculo del que dieron cuenta detallada los periódicos. Y no dejaron de añadir escalofriantes pormenores epilogales: el suicidio de una hermana de los ejecutados, arrojándose al canal el mismo día de la ejecución; la caída en la locura de la madre de los tres hermanos muertos; la concesión al Colegio de Medicina de San Carlos de las cabezas de los Marina "para que sirvan de estudio a los frenólogos y contribuyan a los avances de esta ciencia"; la recogida, en fin, de orden de la autoridad, de litografías con los retratos de los ejecutados, de venta en una librería.

Fenecida la causa, restablecido el orden social violentamente perburbado por los asesinatos, victoriosas en esta ocasión las fuerzas del orden, se fueron olvidando los diarios madrileños del caso y del proceso; la cambiante actualidad exigía prestar atención a otros asuntos. No desviaremos la nuestra todavía, sin embargo, de la prensa periódica, pues otra publicación de la capital, aun no ocupándose más que incidentalmente del doble asesinato de la Red de San Luis, cumplió probablemente un papel no despreciable en relación con nuestro asunto durante aquel lluvioso mes de octubre. Y es que cabe pensar que la *Gaceta de Madrid* sirvió por entonces de catalizador de ése y otros procesos penales, animando muy eficazmente a jueces y magistrados al veloz cumplimiento de sus obligaciones.

Para comprobarlo hemos de remontarnos unos meses atrás. El 4 de julio de ese mismo año de 1849 una Real Orden del Ministerio de Gracia y Justicia, razonando que "siempre es funesta para la justicia la lentitud de sus fallos", "muy señaladamente en el orden criminal", establecía una serie de medidas tendentes a lograr una mayor rapidez en la sustanciación de los juicios; que éstos se "impulsen [...] por cuantos medios les sugieran [a los Tribunales] su experiencia y su celo", que "se omitan con todo rigor diligencias excusables o conocidamente dilatorias", o que "se concedan periodos cortos y prudentemente proporcionales para las pruebas", eran algunas de las medidas arbitradas por Lorenzo Arrazola, ministro del ramo, para atajar el sentido clima de inseguridad. El art. 19 de la Real Orden prometía recompensa: "Todos los casos de notable agilidad y energía por parte de los Tribunales y funcionarios del orden judicial, se publicarán en la parte oficial de la Gaceta y además se anotará a los interesados en su hoja de méritos [...]".

Pasó el verano sin que esta última norma diese visibles frutos, pero justo el domingo 7 de octubre, el día siguiente al asesinato de Lafuente, un inserto en la *Gaceta de Madrid* ponderaba el celo de los jueces, magistrados y otro personal dependiente de la Audiencia de La Coruña, capaces de resolver en 38 días

una causa criminal; se les ofrecía así, impresa, la pública felicitación que merecían. Precisamente *El Heraldo* del martes 9 de octubre, al colocar en primera plana el asesinato de Lafuente, se hacía eco de lo publicado en la *Gaceta*, deseando que hubiese pronto un anuncio parecido referido a la resolución del caso.

No sabemos si la *Gaceta* del 7 y *El Heraldo* del 9 estimularon, más de lo que ya lo podía haber hecho la Real Orden del 4 de julio, el celo del juez Montemayor, pero lo cierto es que él, como cualquier lector de la *Gaceta de Madrid* en aquel octubre de 1849, pudo asistir, seguramente con cierto asombro, a la extraña competición que reflejaron, día tras día a partir de entonces, las páginas de su "Parte oficial".

El día 10 de octubre la Audiencia de Sevilla adelantaba a la de Galicia al poder informar de haber resuelto una causa en 26 días; el 11 de octubre, ni Valladolid con 29 días, ni Granada con 36 ni, desde luego, Albacete con 57 inquietaban la posición de cabeza de la Audiencia andaluza, que batía de nuevo la marca el 12 de octubre, empatada con Barcelona a 25 días. El regente de Sevilla seguía informando al Ministerio, y éste insertaba en la *Gaceta* del día 16 otro aceptable resultado: 31 días. A fines de mes entraba en liza Valencia (44 días, según se publicaba el día 28) y apretaba Barcelona (28 días en una causa y algo menos en otra, los días 28 y 29 de octubre). La irrupción de Burgos el día 29 debió de causar efecto: presentó una causa que tras recorrer las tres instancias se había resuelto en 16 días; ante semejante logro, los 14 días de Sevilla el 4 de noviembre, récord absoluto, no destacaron tanto como seguramente quisieron los que lo hicieron posible; dos buenos resultados de Burgos (33 días el 29 de octubre y 23 días el 4 de noviembre), y uno ya mediocre de Granada (48 días el 9 de noviembre) son los últimos reseñables.

Cuando Audiencias como las de Burgos y Sevilla iban camino de convertirse en órganos de prevención del delito, la necesidad de espacio en la *Gaceta* para el extracto oficial de las sesiones de Cortes, recién comenzadas, o tal vez el retorno del

buen sentido al Ministerio de Gracia y Justicia, pusieron fin a un despropósito que es exactamente coetáneo al desarrollo de la causa de los Marina. ¿Quiso emular la de Madrid a las Audiencias más diligentes? No hay mención alguna en la *Gaceta*, ni reconocimiento en la "hoja de méritos" de los más destacados intervinientes (1); pero, aunque pudiera mostrarse que los jueces madrileños no quisieron participar en la alocada carrera a la que hemos asistido, el ambiente de aceleración judicial de octubre del 49 pudo dejar su impronta en nuestro proceso: de hecho, no transcurrieron ni cuatro semanas desde la doble muerte de la calle de la Montera hasta la doble muerte de la Puerta de Toledo.

Sea como fuere, lo cierto es que toda la prensa periódica del momento, desde la general diaria hasta la oficial, pasando por la judicial especializada e incluyendo también a la ilustrada semanal, hizo causa común uniendo esfuerzos para que en este caso, ante un enemigo en realidad débil y vulnerable, se cumplieran las anheladas expectativas de represión de la delincuencia que de modo tan vehemente expresaba la sociedad de la que procedían y a la que se dirigían tales publicaciones.

II. Representación literaria de la causa célebre (1859). Los Anales Dramáticos del Crimen

A pesar del considerable eco del suceso y del proceso, la circunstancia determinante para que la causa por el doble asesinato de la Red de San Luis alcanzase definitiva celebridad tardaría casi diez años en producirse: fue José de Vicente y Caravantes quien la convirtió para siempre en causa célebre al incluir su relato y análisis en la colección que compiló y publicó, entre

(1) Nada hay al respecto en el expediente personal de José María MONTEMAYOR: Archivo Histórico Nacional, Fondos Contemporáneos –Ministerio de Justicia– Magistrados y Jueces, 4572/4908.

finales de los años cincuenta y principios de los sesenta de su siglo, bajo el título de *Anales Dramáticos del Crimen*.

De muy conocido nombre y de muy escasamente estudiada trayectoria vital y profesional, José de Vicente y Caravantes (Zaragoza, ca. 1820-Madrid, 1880) se nos presenta en los pocos acercamientos biográficos que sobre él existen [sobre todo el de Miguel Gómez Uriel, de 1886 (2)] como un hombre de "vida trabajosa", modesto y concienzudo, que rehuyó la vida pública y obtuvo fama de jurista serio y sabio elaborando, en la soledad de su escritorio, una obra larga, variada y todavía no catalogada del todo. Se le suele situar, y con razón, entre los más descollantes procesalistas españoles del siglo XIX, pero no sólo escribió sobre Derecho procesal. Igual que otros juristas de su época, se movió con bastante libertad a lo largo y ancho del por entonces poco fragmentado terreno de la jurisprudencia, mostrando, según expresión de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, siempre entusiasta defensor de su figura y de su obra, una "laboriosidad prodigiosa", propia de alguien a quien cabía considerar "una especie de Lope de Vega del Derecho". Asumió, riguroso, su papel de mediador en la circulación de los saberes jurídicos, facilitando su difusión con su oficio de traductor y enriqueciéndolos con aportaciones originales, señalándose tanto por la publicación de trabajos generales o de primera consulta, como por sus incursiones en los especializados terrenos del Derecho romano, del civil, del penal, del mercantil, y desde luego del procesal. Su diversificada obra se despliega más allá de tratados y manuales, mostrándose en un número considerable de artículos de revistas, de voces de enciclopedia o diccionario, de anotaciones o adiciones a los libros que traducía, de comentarios de legislación o de dictámenes sobre casos particulares.

(2) Puede consultarse en Víctor HERRERO MEDIAVILLA (ed. y dir.), *Índice Biográfico de España, Portugal e Iberoamérica*, München-New Providence-London-Paris, K.G. Saur, 2000 (3.ª ed.).

Aunque el Derecho fue el universo predilecto de su escritura, Vicente y Caravantes ocupó en terrenos distintos su incansable pluma. Bajo su nombre, y sobre todo en labores de traducción, catalogan las bibliotecas un número apreciable de títulos de interés piadoso o abiertamente religioso, en los que dejó patente su decidida voluntad de contribuir, hasta donde le fuera posible, a regenerar y a preservar un orden social y espiritual que, como hombre aferrado a la tradición, parecía considerar a punto de desmoronarse. El empeño en esas traducciones, generosamente adicionadas y anotadas con comentarios de su propia cosecha, respondía a la finalidad de ofrecer "a todo hombre de buena voluntad puros raudales de esperanza y de consuelo con que dulcificar los tedios y amarguras que en esta época descreída y escéptica anublan a veces su inteligencia, oprimen su corazón y empañan su alma", contribuyendo a defender la doctrina católica romana de los ataques de los "sectarios del cristianismo progresivo y del eclecticismo" (3).

También cultivó la literatura y la crítica literaria: en el *Semanario Pintoresco Español*, por ejemplo, publicó todavía joven alguna que otra recreación de episodios históricos, ensayando asimismo semblanzas de literatos y describiendo lugares y costumbres, siempre con cuidadísima prosa. Tradujo, en fin, desde novelas hasta obras de divulgación: cabe destacar entre las primeras *Los tramperos del Arkansas*, de Gustavo Aymard, y entre las segundas, la *Historia de los grandes viajes y de los grandes viajeros*, de Julio Verne.

En la especialidad en la que descansa su fama póstuma, la procesal, comenzó a introducirse a partir de los primeros años cincuenta. Era la jurisdicción civil ordinaria la que suscitaba por entonces el mayor interés de los juristas, pues soplaban con respecto a ella efectivos vientos de cambio: de 1853 era la Instruc-

(3) "Advertencia de la edición española", en Augusto NICOLAS, *La Virgen María y el Plan Divino*, traducción de José VICENTE Y CARAVANTES, Madrid, Imprenta de T. Fortanet, 1858.

ción del Marqués de Gerona, que provocara intensa polémica en su breve periodo de vigencia, y en 1855 se promulgaba la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya verdadero código procesal. Sobre su base compuso José de Vicente y Caravantes su obra cimera, el ambicioso *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento, con sus correspondientes formularios*, cuyos tomos se fueron publicando entre 1856 y 1863, con apéndices más tardíos (4). De las fechas de edición cabe deducir que, nada más finalizada la parte más sustantiva de esta su obra magna, en plena madurez vital y profesional, abordaba nuestro jurista la composición de sus *Anales Dramáticos del Crimen*, publicados entre 1858 y 1861 por entregas que llegarían a constituir cinco nutridos volúmenes (5). La deriva era coherente: habiendo atacado el fenómeno procesal desde el punto de vista "histórico" y "crítico filosófico", y descendido también al detalle del procedimiento con las fórmulas de actuaciones y trámites, aún quedaba abierto el flanco de la descripción y análisis de juicios singulares o notables. El de las causas célebres era además un género

(4) Los dos primeros tomos aparecen fechados en Madrid, en 1856, en la Imprenta de Gaspar y Roig, Editores; los tomos tercero y cuarto, en Madrid, Imprenta y Librería de Gaspar y Roig, Editores, 1858, aunque el último, por las noticias que incluye, no pudo terminarse antes de 1863; casi al final de la vida del autor, todavía aparecerá un *Apéndice al Tratado... por D. José Vicente y Caravantes, doctor en Derecho civil y canónico. Tomo único*, Madrid, Gaspar, Editores, 1879.

(5) *Anales Dramáticos del Crimen, o causas célebres españolas y estranjeras, estractadas y traducidas bajo la dirección de D. José Vicente y Caravantes, doctor en jurisprudencia, ilustradas con grabados intercalados en el testo, que representan las vistas y planos de los lugares donde se perpetró el delito, los instrumentos de su ejecución, y los retratos de los delincuentes y de sus víctimas*, Madrid, Imprenta de D. Fernando Gaspar, editor. Del volumen primero suele ser corriente encontrar una segunda edición de 1859; aún habría una tercera de la obra completa, muy poco después, en la primera mitad de los años sesenta. Quien no pueda acceder a los volúmenes reales, puede consultarlos en internet, en la creciente biblioteca virtual de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla: a dicha biblioteca virtual se llegará con facilidad tecleando su nombre ("pixelegis") en cualquier buscador.

de escritos que gozaba por entonces de buena salud. Aunque no estaba destinado sólo a juristas, sino a un público relativamente amplio y acostumbrado a sus convenciones, a los profesionales del Derecho se dirigían las más cuidadas ediciones, bien en colecciones o series, bien en publicación exenta o incorporadas a revistas jurídicas, con alguna de ellas, además, específicamente fundada al efecto.

Que Caravantes se empeñara en la composición de sus *Anales Dramáticos del Crimen* resulta además interesante porque casi no cabe pensar en cualidades mejores que las que podía exhibir nuestro procesalista para cultivar el género de la causa célebre. Profundamente religioso, el traductor y anotador de obras de dogma, devoción y doctrina había de encontrarse a sus anchas en la composición de esta suerte de escritos judiciales, cuya evidente proyección moral residía en el ofrecimiento de lecturas edificantes en las que podía mostrarse no sólo el triunfo del orden jurídico sobre la transgresión, horrenda y castigada, del delincuente, sino también las limitaciones de una imperfecta justicia humana así recortada ante el trascendente y a menudo explícito telón de fondo de la justicia divina; el crítico literario y traductor de novelas sabría, sin duda alguna, apreciar el interés de las tramas escabrosas que solían ser propias de los sucesos criminales; y el jurista, por último, se podía mover como pez en el agua a través de los diversos términos del procedimiento judicial, sin confundirse ante las complejidades planteadas por el juego de las distintas instancias, por las sutiles diferencias entre los tipos penales, por el tecnicismo del lenguaje o por los arcanos del estilo forense.

De entre los casi noventa procesos célebres que Vicente y Caravantes incluyó en sus *Anales*, en su inmensa mayoría traducidos de la coetánea colección francesa de Armand Fouquier (6), destaca un pequeño grupo de causas completa y neta-

(6) Armand FOUQUIER, *Causes célèbres de tous les peuples, par A. Fouquier, continuateur de l'Annuaire Historique de Lesur. Édition illustrée. Paris, H. Lebrun Fils, Éditeur*, desde 1857.

mente españolas. A pesar de su escaso número, la importancia relativa de estas "causas originales" (así las llamaba nuestro jurista, tal vez por serlo frente a las francesas, tal vez por responder a composición más personal) radica en que en ellas el análisis jurídico cobraba especialísimo relieve. Buscaban a un lector particular, al jurista profesional que trabajaba en la cotidiana desazón de los tribunales; y sobre todo a abogados y fiscales, a quienes las causas ofrecían discursos modélicos que se reproducían a la letra, poniéndose el acento en su idoneidad para conmover y en su capacidad para convencer. Si hemos de hacer caso a un comentario especializado publicado en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* en 1856, esto es, un par de años antes de la aparición de los *Anales*, se trataba de un público desatendido por quienes venían confeccionando y difundiendo este género literario, huérfano de aportaciones autóctonas: "en España [...] carecíamos de una publicación de esta especie [...], y si nuestros jóvenes letrados, si nuestros médicos forenses y demás funcionarios del orden judicial, quieren saber algo más de lo que su práctica propia puede enseñarles, tienen las más veces que recurrir al estudio de los procesos extranjeros, siempre extraños a nuestras costumbres, y rara vez susceptibles de una aplicación exacta".

Parece que Caravantes tuviera la intención de paliar tales carencias: en esas "causas originales" sometía a un cuidadoso análisis crítico la argumentación jurídica sustantiva de los alegatos de acusación y defensa, destacando cuando era preciso las dificultades de determinación del derecho aplicable al caso, y contrastando su parecer con el que expresaban fiscales y abogados. Podemos comprobarlo precisamente en la causa del doble asesinato de la Red de San Luis, publicada a principios de 1859: en ella abordó Caravantes la cuestión, literalmente de vida o muerte, de la posible imposición de la pena capital sobre la mera base de presunciones o indicios; y lo hizo con tal detenimiento, que la parte final de su "causa célebre", apreciada en los círculos profesionales, fue objeto de publicación separada en el

mismo año de 1859, constituyendo su primer artículo en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*; los responsables de la *Revista* recomendaban la lectura de los *Anales Dramáticos del Crimen*, elogiando, en nota inicial, "el celo y solicitud con que en esta obra se examinan las importantes cuestiones jurídicas, históricas y sociales a que dan ocasión las causas que en ella se insertan".

Pero toda causa célebre es, antes que otra cosa, narración. Y es la particular estructura de la que aquí examinamos, absolutamente funcional al análisis jurídico al que sirve, lo que habrá en primer lugar de interesarnos.

En el escrito de Caravantes las acciones delictivas, los dos asesinatos que constituyen la base de la causa, no se describen directamente nunca. El narrador se situaba, en un primer momento, no en el escenario del crimen, sino en el de su percepción externa. Lo mismo cabe decir de los ilustradores, que eludieron la reconstrucción imaginaria de la comisión de los crímenes: las tres primeras imágenes, grabadas por el renombrado Tomás Carlos Capuz, colocan a quien las mira en la posición de un privilegiado testigo de las circunstancias que rodearon los asesinatos. Es como si se quisiera que el lector de la causa, al ir pasando sus páginas, llegara, con la limitación de los medios de entonces, casi a ver y a oír lo que muchos vieron y oyeron "en la noche del 6 de octubre de 1849, en uno de los sitios más poblados y céntricos de la corte, en la calle de la Montera, frente a la fuente de la Red de San Luis, a las once y cuarto de la noche". A los gritos de auxilio procedentes de la casa número 56 y 58 acuden numerosos transeúntes, serenos, vigilantes y guardias de un destacamento cercano. Algunos suben a la vivienda de la que proceden las voces; un sereno y una vecina se introducen en un patio contiguo, pudiendo ver desde allí cómo el cuerpo de un hombre cae desde una ventana. Los que han subido por las escaleras llaman a la puerta durante un buen cuarto de hora, al cabo del cual les abren Clara Marina, la sirvienta, y su hermano Antonio, ambos manchados

de sangre y diciendo que los ladrones ya se han ido. Los serenos y sus acompañantes entran y encuentran en una habitación el cadáver de José Lafuente, amo de Clara. Se avisa al celador del barrio y los sospechosos, pasando por un tenebroso grabado, son conducidos a la cárcel y puestos a disposición del juzgado del distrito.

Inmediatamente se procede al reconocimiento judicial. José María Montemayor cumple su cometido "con la inteligencia, celo, actividad y rectitud que le distinguen", según juicio de Caravantes. Actúa el juez competente "con los demás individuos del juzgado", y le asisten dos profesores de cirugía quienes, en un primer examen *in situ* y en la posterior autopsia, determinan las causas de las dos muertes: asfixia por sofocación en el caso del sastre, y herida cortante en el cuello y contusión en la zona parietal derecha en el del desconocido. Se registra la vivienda, se recogen efectos relevantes (dos navajas, una tinta en sangre, entre ellos), y se acuerda "reconocerse toda la habitación". La descripción de pasillos, habitaciones, puertas, ventanas, muebles y otros enseres, charcos y manchas de sangre es minuciosa, y tiene su complemento en un detallado plano del piso.

Para el lector de la causa, la presentación de las circunstancias que rodearon y siguieron a los hechos criminales aún no ha terminado, pero cambia a partir de este punto. Caravantes resume, en estilo indirecto y en ardua sucesión, las declaraciones de hasta catorce personas implicadas en los sucesos de la noche anterior, principalmente serenos y vecinos. Podría decirse que el autor busca una mayor objetividad a través del paradójico expediente de potenciar la subjetividad en la apreciación de los hechos, cuya ocurrencia desencadenante continúa siendo impenetrable.

Ésta sólo aparece en el siguiente segmento de la causa, cuando se transcriben las declaraciones indagatorias de los detenidos. El distanciamiento que al parecer buscaba Caravantes se acrecienta en un grado: la transcripción del interrogatorio es

literal, convirtiéndose el texto en una larga sucesión de preguntas y respuestas "que por su grande importancia insertamos íntegras, y en el mismo orden y en la forma interrogatoria en que se recibieron". Ya durante el primero de los interrogatorios, el efectuado a Antonio Marina el mismo día 7, las preguntas del juez manifiestaban, sobre la sola base del reconocimiento del lugar llevado a cabo la noche anterior y las circunstanciales declaraciones de vigilantes y vecinos, una completa hipótesis de lo sucedido dentro de la vivienda, que básicamente se mantendría hasta el final del juicio. Eliminando los signos de interrogación y omitiendo las respuestas, siempre de negación o desconocimiento, podemos transcribirla literalmente:

> Al entrar el amo de su hermana de usted en su casa la noche del 6, se apoderaron de él usted y otro hombre, y metiéndole en el primer cuarto que hay a la derecha en el corredor que va a la cocina, le ahogaron ustedes con las manos y la faja que se le presenta a usted [...] Ejecutado lo referido, tiró usted, con la navaja que le presento, un golpe al cuello del hombre que le auxilió a usted a perpetrar dicho delito, causándole una herida profunda que sin duda le ocasionó la muerte [...] Cuando llamaron a la puerta de la habitación, condujeron usted y su hermana el cadáver del que los había auxiliado para matar a Lafuente a la primera ventana que hay en el pasillo antes de llegar a la cocina, y lo arrojaron por ella cayendo el cadáver al patio a que da dicha ventana.

Al lector de la causa sólo le quedan por conocer los motivos. Los ofrece Caravantes tal y como se pusieron de manifiesto en su momento, no de resultas de actividad alguna de examen judicial, sino por intervención, según afirma nuestro jurista, de "la opinión pública, expresada por el órgano de la prensa periódica", que "venía a completar estos datos y presunciones que resultaban del proceso con otras varias noticias y conjeturas extrajudiciales más o menos exactas". Se trata de una historia de más débiles cimientos que la anterior, hecha de prejuicios y tópicos, y basa-

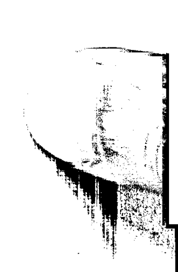
da seguramente más en rumores y sobreentendidos que en la reconstrucción periodística del suceso. En esencia es la siguiente: abrigando Clara Marina la esperanza de casarse con su amo, la resolución en contrario de éste la movería a vengarse, matando al sastre y robándole en su casa con la ayuda de su hermano y de su amante; perpretado el crimen, habrían surgido diferencias de criterio entre los conjurados, riñendo éstos con el resultado de la muerte del amante cómplice, entonces defenestrado. Se manifiestan en este relato generalizadas convicciones sobre el oscuro submundo del sirviente, que aquí aflora despiadado, brutal, despectivo de la vida ajena y de la propia; así se seguirá mostrando en el desarrollo posterior de la causa, tanto en el proceso en sí como en su transposición textual en los *Anales*. Si los motivos explican los hechos, la verosimilitud de aquéllos, que depende de convicciones sociales extendidas, habrá necesariamente de trasladarse a la acción criminal y a la atribución de autoría. Se nota en la misma actitud de Caravantes, que no descartó como infundadas las suposiciones sobre los motivos sino que, por el contrario, las entendió lo suficientemente creíbles como para estimarlas "más o menos exactas".

El lector de la causa, con todo, tiene ya la impresión de conocer suficientemente el caso. Caravantes ha conducido su exposición de tal modo que, en momentos sucesivos, ha ido progresivamente llevando a quien lee al conocimiento de los hechos en una graduación que va, desde una primera fase preparatoria con la descripción externa de circunstancias notorias y el elemento de incertidumbre que aporta la caleidoscópica sucesión de declaraciones, pasando por una segunda fase de fijación con la hipótesis judicial expresa en el interrogatorio a los procesados, hasta una tercera de confirmación en la que resultan manifiestos los motivos que hacen finalmente comprensible la comisión de los crímenes. Traducido a términos procedimentales, el momento del relato al que así se llega es el de finalización del sumario, fase del proceso que ha ido presentándose al lector como una maquinaria eficaz de averiguación de la verdad; al llegar a tal término,

el lector de la causa la contempla desde un punto de vista que el narrador se ha empeñado en acercar al del propio juez, el celoso Montemayor del distrito del Barquillo.

El titular del juzgado de primera instancia fue tan raudo en el impulso del plenario como lo fuera en la evacuación del sumario. En sendos plazos de veinticuatro horas, la causa ha pasado al promotor fiscal y al abogado de oficio; han fijado ambos sus respectivas posiciones, que se mantendrían en lo sustancial, con creciente aparato de citas legales, en posteriores fases e instancias. El primero, José Muñiz y Alaiz, calificó los hechos como constitutivos de "doble asesinato con premeditación y alevosía y de tentativa de robo, designando como autores de estos delitos a Antonio y Clara Marina", y pidiendo para ambos pena de muerte, más indemnización y costas; se fundaba la acusación en las circunstancias en las que se había encontrado a los dos hermanos y en una reconstrucción de hechos e intenciones que apenas divergía de la ensayada por el juez en la indagatoria. El defensor, José María Navarro, de cuya contestación Caravantes transcribió amplios pasajes, solicitó la absolución de la instancia por falta de pruebas: ninguna había "completa y acabada" que pudiera producir la "convicción legal" del juez.

La segunda instancia o "de consulta", necesaria para delitos castigados con pena corporal y tramitada por tanto ante la Audiencia sin requerimiento de recurso alguno, la contempla el lector de los *Anales* a través de los escritos del fiscal, ahora José María Fernández de la Hoz, del abogado José María Navarro, y de la intervención oral del primero (la del abogado se omite por reiterativa) en la vista. En esencia, los fragmentos transcritos por Caravantes muestran cómo logró el fiscal abrir brecha en el argumento de la defensa, que seguía lógicamente centrada en la insuficiente base, indiciaria y sin prueba completa, de la acusación. Los magistrados no atendieron la petición de reducción de pena del abogado y confirmaron la sentencia a muerte, "con la notable variación de que hubiera de ejecutarse, no en el lugar acostumbrado, sino en la misma Red de San Luis, frente a la



casa en que se cometió el delito"; notable variación, y llamativa, en la que se transparentan la ignominia y el escarmiento, y que algún periódico (*El País*) encontró "demasiadamente del espíritu de otros tiempos" como para ser admisible "en la penalidad moderna".

Puesto que las dos sentencias no eran conformes de toda conformidad, cabía recurso de súplica ante la misma Audiencia, cuyo escrito de interposición por el abogado de los reos reprodujo Caravantes. José María Navarro señalaba defectos graves en la instrucción del sumario, tramitado con demasiada rapidez, y solicitaba nuevas pruebas, cuya práctica se denegó. La breve descripción de la vista que podemos leer en los *Anales* está tomada de la prensa del momento. Un grabado de Rico nos abre la Sala del Tribunal justo en el momento en el que Clara sirve un vaso de agua a su hermano, que acaba de volver en sí tras un breve desmayo; vislumbramos el retrato de la Reina bajo el dosel que acoge al regente y a cuatro magistrados de la Audiencia; el fiscal nos da la espalda y al fondo, a su frente, vemos el lugar correspondiente al abogado defensor; también al fondo, y a un nivel más bajo, se acomoda el secretario en el rincón del reloj; al pie del estrado y ante el tribunal está la mesa de los relatores, y a su izquierda "dos bancos negros sin respaldo destinados a los criminales", según desliz de Caravantes, que sin duda quiso escribir "acusados"; el público se agolpa tras la barra que aisla el escenario del drama. Nuestro autor inserta en su relato un elemento que presenta como original: el discurso del fiscal José María Fernández de la Hoz, "que ha tenido la bondad de entregarnos, a nuestra instancia, este digno funcionario, en su amor a la ciencia y en su celo porque se conserve en todo su prestigio el elevado ministerio fiscal". No encontramos apenas alusiones a la defensa en la descripción de esta instancia final. La Sala confirmó la sentencia primera, determinando que la pena de muerte mediante garrote se ejecutase no en la Red de San Luis, sino "en el sitio de costumbre", extramuros de la Puerta de Toledo.

Es tiempo de que fijemos de nuevo nuestra atención sobre la estructura narrativa de la causa. La triplicidad de fases en el relato del plenario es directa consecuencia, lógicamente, de la triplicidad de instancias, pero lo cierto es que la exposición de este tramo del escrito que hemos ido siguiendo guarda, en virtud de esa tripartición, una notable simetría con la narración de las actuaciones sumariales. Como en ellas, puede señalarse un graduado avance en la composición textual de Caravantes. La primera fase (sustanciación en primera instancia) es necesariamente de planteamiento, y en ella el jurista aragonés prestaba similar atención tanto a la acusación como a la defensa, cuyas posiciones respectivas se trasladan al lector tal y como fueron establecidas por escrito y expuestas de palabra. La segunda fase (correspondiente a la instancia segunda o de consulta) podemos de nuevo denominarla de fijación, pues al completarse en ella, con la intervención de José María Fernández de la Hoz, la determinación de la base normativa que va a afianzar el fallo condenatorio, el texto atiende, sin distracciones, a la argumentación jurídica, haciendo que el lector preste atención doble a las actuaciones del fiscal, de quien puede leer lo que argumentó por escrito y lo que expuso de viva voz en estrados; del abogado sólo se enseña el escrito. La tercera fase (instancia de súplica) merece, como la que finalizaba el relato del sumario, ser llamada de confirmación, pues en ella la defensa prácticamente desaparece, transcribiéndose sólo el discurso final de la acusación; éste hace para el lector, ante cuyos ojos se despliega con amplitud considerable, las veces de fundamentación de una sentencia última que como tal no se le facilita. El esperable estrambote de las escenas de la ejecución ni rompe el esquema ni lo enturbia.

Tal configuración del relato, en una doble (sumario y plenario) y sucesiva progresión, paralelamente tripartita, de hechos y argumentos que se cierran en una solución única, tiene el necesario efecto de trasladar su solidez y su coherencia al propio objeto de la narración. La posición de Caravantes es, por tanto y desde este punto de vista, conservadora en lo sustancial con res-

pecto a una justicia que es capaz de mostrarse, en ocasiones como la que la causa manifiesta, endiabladamente eficaz. El efecto disciplinante de la causa célebre como género deriva en considerable medida de este encauzamiento del relato, limpio de elementos accesorios y aligerado de incertidumbres, atento y dirigido a un desenlace que ya es conocido por el autor. Es más: con la sola selección de fuentes, se diría que nuestro jurista contemplaba la causa desde una atalaya que compartía con el veloz Montemayor y el implacable Fernández de la Hoz, alineándose también con la prensa del momento en el clamor por una ejemplar venganza pública y en el desprecio de los reos.

Pero Vicente y Caravantes llegó a manifestar una más aguda percepción de la complejidad de esta causa que la que evidenciaron los dos juristas citados, y más flexibilidad con respecto a la suerte de los procesados que la que estuvieron dispuestos a mostrar los órganos receptores y conformadores de una opinión pública demasiado vociferante durante aquel otoño de 1849. La causa célebre, esta particular pieza literaria, no termina con la ejecución que extinguió diez años antes la causa célebre, ese sonoro proceso judicial. Se extiende aún durante algunas páginas, retomando en ellas nuestro jurista un hilo que dejara suelto nada más empezar, después de un par de puntadas introductorias sobre la relevancia jurídica del caso: constituyó elemento clave en la argumentación del fiscal una ley recopilada, vieja ya de casi seiscientos años cuando el acusador público la desempolvó, según la cual el morador de una casa había de responder por cualquier muerte producida en ella, si no pudiese mostrar quién la perpetró.

III. Examen del análisis jurídico de Caravantes

Que una ley como la que acaba de señalarse pudiera tener cabida en la resolución de una causa en la España de mediados del siglo XIX, representando en ella además, como enseguida

veremos, un papel decisivo, se debe, básicamente, tanto a razones objetivas que tienen que ver con la regulación del proceso penal y con los cambios que se estaban operando, justo en el momento en el que nuestro juicio se tramitaba, en la definición del valor de los medios probatorios, como a razones de mentalidad: en las circunstancias históricas a las que aquí atendemos, la reflexión jurídica había de desenvolverse en un medio marcado por la aparente suspensión del largo y discontinuo proceso revolucionario *iusliberal*, incapaz de cerrarse en una codificación cumplida.

En 1849, en el ámbito penal, había ya código sustantivo, pero no todavía ley de procedimiento. Los juicios por delitos se sustanciaban con arreglo a un variado conjunto de normas de entre las que ha de destacarse el *Reglamento Provisional para la Administración de Justicia en lo respectivo a la Real Jurisdicción Ordinaria*, de 26 de septiembre de 1835. A él, en años sucesivos, se añadieron poco a poco una serie de disposiciones que fueron completando, en lo que nos interesa, su regulación (7). Con el Código penal de 1848 entraron en vigor, además, medidas provisionales para posibilitar su aplicación, algunas de las cuales tuvieron considerabilísima importancia desde el punto de vista procesal y especial trascendencia en nuestro caso.

---

(7) Es normativa fácilmente accesible en los tres primeros volúmenes de la *Crónica de la Codificación Española* (*1. Organización Judicial*; *2. Procedimiento civil*; *3. Procedimiento penal*), Madrid, Ministerio de Justicia, respectivamente 1970, 1972 y 1975, incluyendo siempre índice cronológico de disposiciones. Especialmente manejable resulta hoy al estudioso, como en su momento al práctico, la *Biblioteca Judicial, parte legislativa, que contiene la legislación no recopilada relativa a la administración de justicia, por D. Manuel Ortiz de Zúñiga, Tomo I*, Madrid, Imprenta de D. Santiago Saunaque, 1848, y *Tomo II* (del que utilizo segunda edición, con título algo diverso: *Biblioteca Judicial, o novísima legislación no recopilada, relativa a la administración de justicia. Segunda edición, considerablemente aumentada con toda la legislación novísima publicada hasta el año de 1854. Por...*, Madrid, Imprenta de la Calle S. Vicente baja, a cargo de José Rodríguez, 1854).

Aún diverso y disperso, este conjunto de normas tenía una cierta coherencia, respondiendo al difícil intento de constitución, orgánica y funcional, de una justicia adecuada a los tiempos en la España decimonónica. No bastaban, sin embargo, para cubrir del todo el terreno sobre el que debían extender sus efectos, y las inevitables lagunas habían de ser integradas con las leyes medievales y modernas reunidas en la Novísima Recopilación de 1805, con las Siete Partidas de Alfonso X, y aun con las prácticas procedimentales que la tradición hubiese podido conservar. Los problemas de ajuste que planteaba un ordenamiento así construido residían, evidentemente, en la espinosa heterointegración de normas procedentes de universos jurídicos distintos, pues poco tenían que ver sustancialmente entre sí el Derecho penal (y su proceso) de la Monarquía absoluta, y el que pretendía conformar el Código de 1848. El problema básico es que la prolongada vigencia de leyes de Antiguo Régimen implicaba, en cierta medida, la persistencia del orden jurídico que les dio sentido, orden que, inherente a la norma, venía con ella formando parte de su propia sustancia.

Todavía en 1849 las reglas básicas de la prueba en el proceso penal eran las incluidas en las Partidas. De hecho constituyeron el cimiento de la posición de la defensa de José María Navarro, y el principio de la disertación de Vicente y Caravantes en las páginas finales de la causa.

El punto de partida estaba en Partidas 3,14,12, ley en la que se señalaban claramente las pruebas de testigos, documentos y confesión, sometidas además a determinados requisitos de admisibilidad, como las requeridas para condenar en pleito criminal; se excluían como relevantes las sospechas o indicios y se adoptaba, tomándola del *corpus iuris* justinianeo, la exigencia de que la probanza fuese "clara como la luz". Planteada la prueba sobre principios tales, parece que el proceso habría de desembocar en la absolución con más frecuencia de la recomendable para el necesario mantenimiento de la paz pública y la pretendida afirmación de la justicia regia. Las soluciones

arbitradas en consecuencia por las leyes y por la jurisprudencia durante los siglos bajomedievales y modernos consistieron, por un lado, en reconocer en determinados casos a los indicios entidad suficiente para justificar la apertura del trámite del tormento a fin de conseguir la confesión del reo y, por otro, en el levantamiento de toda una aritmética probatoria capaz de posibilitar, mediante la adición de una pluralidad de indicios y pruebas semiplenas, la obtención de un resultado equivalente al de la prueba completa. Pero estas vías expeditivas e ingeniosas estaban ya cerradas tanto en el tiempo en el que eran enjuiciados los Marina como en el que Caravantes analizaba su proceso.

¿Cómo compatibilizar entonces la deseable eficacia del procedimiento penal con la frecuente dificultad de probar suficientemente los delitos? Se trata de uno de esos aparentes callejones sin salida a los que abocaba la ausencia de código de procedimiento criminal y la prolongada vigencia de los vetustos ordenamientos que precisamente por entonces se publicaban en modernas y manejables ediciones agrupados bajo la denominación de *Códigos españoles* (8). En éstos había de buscarse la solución, y alguna de hecho ofrecían: ciertas leyes admitían en casos señalados (sin ir más lejos, Partidas 3,14,12 para el caso de adulterio) la posibilidad de condenar por indicios; se trataba de excepciones, y merecían, como tales, interpretación restrictiva, sin que pudiesen extenderse a supuestos distintos a los que especialísimamente remitían. ¿Había alguna que cuadrase al caso de los asesinatos del sastre Lafuente y del desconocido? Desgraciadamente para los Marina, sí la había, y ya adelantamos su contenido al final del epígrafe anterior. Se trata de Fuero Real 4,17,3, ley cuyo tenor literal, según la por entonces recentísima (1847) edición en los *Códigos españoles*, es como sigue:

(8) *Los Códigos españoles, concordados y anotados*. Madrid, Imprenta de La Publicidad, 1847-1850 (12 volúmenes).

> Todo home que fallaren muerto, o livorado en alguna casa, e no supieren quién lo mató, el morador de la casa sea tenido de mostrar quién lo mató, si no, sea tenido de responder de la muerte, salvo derecho para defenderse, si pudiere.

En realidad, que la ley se pudiese estimar vigente en 1849 no dependía de su pertenencia originaria al Fuero Real (1255) de Alfonso X, sino a su permanente presencia en las recopilaciones: se incluyó en las Ordenanzas Reales de 1484 (8,13,13), luego en la Nueva Recopilación de 1567 (8,23,11) y finalmente en la Novísima Recopilación de 1805 (12,21,16).

El examen de esta ley por Vicente y Caravantes es minucioso y atento: "juzgamos en extremo importante explicar[la] con detención, por haber sido uno de los principales documentos legislativos en que apoyó el ministerio fiscal su acusación contra los hermanos Marina". Caravantes reputaba la ley "bárbara y cruel", destacaba que "respetables expositores" o comentadores de la misma "clamaban enérgicamente" contra ella, y mostraba al lector una apreciable selección de opiniones, antiguas (Díaz de Montalvo, Diego Pérez, Acevedo) y modernas (García Goyena, Aguirre y Montalbán), en tal sentido. No señalaba Caravantes que, aun mayoritaria, la voz de los tratadistas no era unánime: había quien la consideraba digna de figurar sin reparo alguno en un código de procesos penales; por ejemplo, José María Fernández de la Hoz, a quien nuestro analista lógicamente ahora no cita, y que recogía la disposición en el art. 229 del *Código de procedimientos criminales* que, a modo de exposición práctica del proceso penal, compusiera y publicara unos años antes del juicio que nos ocupa (9). El fiscal era coherente con su propia obra al esgrimir la norma contra los Marina en 1849.

(9) *Código de procedimientos criminales, redactado con arreglo a la legislación vigente, por D. José María Fernández de la Hoz, Licenciado en Derecho Civil, Abogado de los tribunales nacionales y del ilustre Colegio de Madrid, Académico profesor de mérito de la Matritense de Jurisprudencia y Legislación, e individuo de otras corporaciones literarias y científicas*, Madrid, Imprenta y fundición de D. Eusebio Aguado, 1843.

Atendamos ahora a una cuestión de fechas: el *Código* de Fernández de la Hoz es de 1843; el tomo I de los *Códigos españoles* (con el Fuero Real), de 1847; el Código penal, de 1848; el tomo VI de los *Códigos españoles* (con las Ordenanzas Reales), de 1849. En nota de los editores de este último cuerpo legal a su título 8,13, "De los homicidios" (cuya ley 13, recuérdese, es la nuestra del Fuero Real), se lee: "Derogadas por el art. 494 del Código penal de 1848 todas las leyes penales anteriores a su promulgación, no rigen hoy acerca del homicidio y sus circunstancias otras disposiciones que las contenidas en el tít. 9, lib. 2 del citado Código". Ni el fiscal ni los magistrados de la Audiencia de Madrid entendieron en octubre de 1849 que tal derogación se hubiese producido. Tampoco fueron consecuentes con la derogación predicada los mismos editores de los *Códigos españoles*: el tomo X de la serie (con el libro XII de la Novísima Recopilación) es de 1850; en nota a la ley 12,21,16 (siempre la nuestra) indicaban sobre el hallazgo del cadáver en la casa: "Esta circunstancia será sólo un indicio para la averiguación del delito".

Así pues, en el peor de los casos, la interpretación dominante parecía imponer que, determinado el indicio, sólo sobre su base no podía imputarse la autoría del delito y penarse a los procesados. Siendo ésta la línea mantenida por la defensa, el propio fiscal manifestaba compartir hasta cierto punto su fundamento al insistir, al parecer como argumento alternativo al construido sobre la base de Fuero Real 4,17,3, en que en la causa de los Marina la prueba era "perfecta y acabada".

Entre la condena a muerte y la libre absolución, ¿tenían los jueces otras posibilidades de decisión en este proceso? Sí, y dos al menos. La primera fue pedida por el abogado defensor José María Navarro ante el juez Montemayor, que la desatendió; se

trataba de la absolución de la instancia, medio aconsejado por la especializada literatura del momento [así en los *Elementos de práctica forense* de Manuel Ortiz de Zúñiga, repetidamente reeditados en los años cuarenta del siglo XIX (10)] "para los casos, en que no pudiendo formarse ni una completa convicción moral, fundada en las pruebas del proceso, hay, sin embargo, dudas fundadas sobre la inocencia del reo". La absolución de la instancia, explicaba Ortiz de Zúñiga, "significa [...] que el juicio no queda del todo fenecido: que el procesado no ha hecho evidente su inculpabilidad; y que si en lo sucesivo se reunen nuevas pruebas o mayores datos, podrá volver a ser juzgado sobre el mismo delito, y sufrir, si lo mereciere, la pena que sea justa". Es comprensible que, en un ambiente de presión considerable por parte de la opinión pública y de empeño gubernamental en que la justicia actuase con rapidez y eficacia, una solución tal, susceptible de interpretarse como indicativa de debilidad o de impotencia, fuese desechada.

La segunda vía no pudo ser tenida en cuenta en todos sus términos por Ortiz de Zúñiga cuando concibió y compuso la obra recién citada, pero sí por quienes juzgaron a Antonio y Clara Marina. Con el Código penal, según sabemos, se promulgó y publicó una ley de medidas provisionales para posibilitar su aplicación. La regla 2.ª de las que incluía era del siguiente tenor:

> En el caso de que examinadas las pruebas y graduado su valor adquirieren los tribunales la certeza de la criminalidad del acusado, pero faltare alguna de las circunstancias que constituyan plena probanza, según la legislación actual, impondrán en su grado mínimo la pena señalada en el código, a menos que ésta fuere la de muerte o alguna de las perpetuas, en cuyo caso impondrán la inmediatamente inferior.

(10) *Elementos de práctica forense escritos por D. M. Ortiz de Zúñiga*, tomo II, Granada, Imprenta y Librería de Sanz, 1841.

La transcrita regla 2.ª, como tal, era nueva, pero no surgía de la nada. La práctica de la imposición en tales casos de una pena extraordinaria, esto es, diferente y menor que la ordinaria establecida por la ley, tenía largo arraigo y estaba bien viva en los años inmediatamente anteriores a su consagración legal en 1848. Así pues, en la historia procesal española la importancia de esa regla 2.ª consiste en haber contribuido a realizar la conversión de una práctica probable –es decir, opinable y no necesaria– y extraordinaria –lo era en un contexto ordinario de valoración legal de la prueba–, en norma de obligado cumplimiento. Mudando entonces en normal y regular, por imperativo legal, una vía de conducción del razonamiento del juez en orden a la imputación del delito y a la valoración de sus circunstancias que no dependía tan rígidamente de lo que resultara de la aplicación estricta de las prescripciones legales referidas a la prueba, en realidad se abría el camino, si es que no se entraba ya directamente en él, del abandono del sistema de prueba legal. Sobre su base se alteraban las condiciones en las que se cimentaba la distinción entre una convicción moral y otra legal, sirviendo ambas, y no sólo la segunda, para fundamentar el fallo condenatorio, pero no bastando la primera ni para imponer la pena en su grado máximo si ésta fuera susceptible de graduación, ni para imponer la ordinaria si no lo fuera, no pudiendo los jueces en ningún caso condenar a muerte sobre la exclusiva base de tal convicción moral. El abogado José María Navarro, que esgrimió la regla ante la Audiencia en la segunda instancia, argumentaba exactamente de este modo, marcando en su alegación la misma línea que apoyaría Caravantes en el análisis de la causa.

Aunque la posición de Fernández de la Hoz, y de paso la de los jueces que decidieron la causa en todas sus instancias, no salía bien parada del análisis de Caravantes, éste se cuidó de expresarlo abiertamente. Nuestro jurista, conservador también como los servidores del aparato de justicia a quienes observaba y de quienes escribía, había compuesto un relato

que parecía seguir en su primera parte la corriente que la opinión pública, los periódicos, el fiscal y los jueces habían ido impulsando, y que conducía directamente al patíbulo de la Puerta de Toledo; eran páginas que podría leer cualquier interesado, sin especial formación en Derecho, pues contenían dosis suficientes de patetismo literario y de enseñanza moral como para captar la atención de los aficionados a la lectura de relatos como los que solían formar parte de las colecciones de causas célebres.

En la segunda parte, sin embargo, de lectura seguramente tan tediosa para el lego como interesante para quienes profesaban el Derecho, redactó Caravantes un dictamen de la sustancia jurídica de la causa que ponía en cuestión tanto los fallos del juez y magistrados intervinientes como el desenvolvimiento, en el proceso, de la argumentación que los hizo posibles. En estas páginas, ya analíticas y no descriptivas, se trasluce la insatisfacción que le causaron el desarrollo y la decisión del juicio. Graduando cuidadosamente, en función de sus destinatarios, la información ofrecida, Vicente y Caravantes geminaba así la causa de los Marina en dos escritos distintos, susceptibles incluso, como bien sabemos, de publicación separada: el motivo del primero era el ejemplarizante castigo de los delincuentes, en un relato siempre funcional al mantenimiento del orden establecido y a la prevención de la criminalidad; el tema principal del segundo era la necesidad de corrección extrema en el conocimiento y aplicación del ordenamiento por parte de los funcionarios de la administración de justicia, aceptando las limitaciones del proceso como cauce de averiguación de los hechos sometidos a juicio.

Creo que sería un error, sin embargo, construir sobre esta base la imagen de un Caravantes crítico con los fundamentos del sistema que hizo posible la doble ejecución. Bien al contrario, lo que acaba mostrando nuestro analista de dramas criminales es que tal sistema ofrecía salidas para los casos en los que no se pudiese alcanzar la plena probanza, igualmente capaces de

dar castigo al culpable pero sin llegar a la extrema severidad y a la irreversibilidad atroz de la pena de muerte.

IV. Reflexiones finales: pensamiento tópico, garantía constitucional, garantía legal

Todas las causas, en cierto sentido, son célebres, pero las que se situaban en el pantanoso terreno de los indicios tenían, ciertamente, muchas posibilidades de convertirse en capítulo de alguna colección de juicios notables. Su fascinación narrativa se cifraba en el "misterio impenetrable" que parecían siempre esconder, al no existir pruebas claras que convirtiesen los hechos en manifiestos. Se trataba de causas cuyo resultado dependía en grandísima medida de la habilidad que mostrasen defensa y acusación en la composición y exposicion de sus respectivos alegatos. Eran asuntos de convicción moral, y en ellos, paradójicamente, había de hacerse mayor uso de la argumentación racional que en el caso de la convicción legal, propia, sí, de jueces letrados conocedores de los entresijos de la ciencia del Derecho, pero tendente también (a salvo de las labores de dirección del proceso por parte del juez, sobre todo en primera instancia) al automatismo en la respuesta judicial según el resultado de la práctica de las pruebas. La oratoria forense tenía, por tanto, en estos casos terreno abierto para mostrarse con toda la intensidad que pudieran darle los abogados y fiscales llamados a justificar sus posiciones. En los *Elementos de elocuencia forense* de Pedro Sainz de Andino, reeditados en 1847, se ofrecía este párrafo a la consideración de los lectores (11):

(11) *Elementos de elocuencia forense, por el Excmo. Sr. D. Pedro Sainz de Andino, Consejero Real, Senador del Reino e individuo de la Real Academia de la Historia. Cuarta edición, adicionada con un discurso preliminar sobre el origen y la necesidad del ministerio, de los jurisconsultos y oradores del foro para la administración de justicia*, Madrid, Imprenta de la Sociedad de Operarios del mismo Arte, 1847.

> Tal es la materia de las pruebas indirectas [indicios, presunciones e inducciones], que ofrece ciertamente a la perspicacia del orador una inmensa variedad de circunstancias sobre las personas y las cosas, los tiempos y los lugares, los antecedentes y los consiguientes, las causas y los efectos, las semejanzas y desemejanzas, y todos los demás principios de analogía y comparación que sirven para inferir de lo cierto lo incierto [...]
>
> A esta clase de pruebas [indirectas] pueden referirse en algún modo las que los antiguos conocían con el título de artificiales, porque no se derivaban de las entrañas del asunto *ex visceribus causae*; sino que eran obra del ingenio de orador. Sobre ellas fundaron su célebre y ponderado sistema *de tópicos* o *lugares comunes y bases de los argumentos*, a cuyas fuentes iban a proveerse los oradores cuando no tenían a a la mano argumentos propios, y con este auxilio componían discursos largos y pomposos, pero sin solidez ni utilidad.

A pesar de la crítica, la tópica continuaba prestando utilidad cuando las circunstancias eran propicias. José María Fernández de la Hoz encontró el tópico adecuado para convencer a la Audiencia, pasando incluso por encima de una ley específicamente dictada para posibilitar la aplicación del nuevo Código penal, de que no actuara según convicción moral, que se estimaba más propia de un simple jurado (con lo que los Marina hubieran sido sentenciados como máximo a cadena perpetua), sino con la convicción legal de un tribunal letrado. La Audiencia, rigurosa y profesional, no dudó en hacerlo.

¿Vulneró garantías? Las de la justicia material del fallo se cifraban, como expresamente recordó Fernández de la Hoz durante el proceso, en el escrupuloso seguimiento de los trámites procedimentales –requisito de cuyo cumplimiento no cabe dudar en nuestro caso si se compara el cuidadoso relato de Caravantes con la normativa vigente y con la literatura jurídica coetánea–, bajo la dirección de jueces rectos y celosos de su oficio. Las garantías de los reos eran sólo legales, y ese flanco estaba, ya lo sabemos,

cubierto en nuestro proceso. A la ley las remitía la Constitución vigente, la de 1845, que no las establecía de rango superior que no pudieran entenderse cumplidas en nuestro caso: según su art. 9, ningún español podía "ser procesado ni sentenciado sino por el Juez o Tribunal competente, en virtud de leyes anteriores al delito y en la forma que éstas prescriban". De la competencia del juez de primera instancia y de los magistrados de la Audiencia no cabe dudar, ni tampoco de la diligencia de uno y otros. Y la ley en virtud de la cual se condenó a los Marina era, efectivamente, anterior al delito: seis siglos, nada menos.

Orientación bibliográfica

Sobre el CARAVANTES procesalista pueden espigarse consideraciones de interés en la obra de ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO (1974 y 1980). Con mayor relevancia no las hay posteriores: es cierto que los más recientes estudiosos del fenómeno procesal decimonónico conocen y usan la procesalística coetánea, pero o no la valoran (ÁLVAREZ CORA, 2002), o abordan sólo su vertiente académica (BERMEJO CASTRILLO, 2001).

La mejor introducción al género de la causa célebre en el contexto de la historia jurídica europea la ha escrito MAZZACANE (2003), interesando también la incisiva aportación de BENEDUCE (2003). El mismo Pasquale Beneduce organizó con Andrea Romano en 2003 un Congreso Internacional sobre *Storie di cause celebri. Racconto e messa in scena della giustizia*, en cuyas actas, aún en prensa, se publicará la versión original y extensa del presente trabajo. Entre nosotros, tras alguna pionera descripción (LALINDE, 1999), y algún intento tardío de revitalización de un género que parece olvidado por sus nuevos cultivadores (MUÑOZ MACHADO, 2002), comienzan a aparecer aportaciones de mayor interés (PETIT, 2005). El observatorio de la historia social viene también ofreciendo resultados sobre esta

especie de escritos (RÍOS-FONT, 2005), no olvidados desde luego por la historia de la literatura; pero, en este último terreno, las más ambiciosas exposiciones de conjunto (GARCÍA DE LA CONCHA, 1997) no suelen atender a los ejemplos de mayor calado jurídico, o se ven lastradas, cuando lo hacen (en relación a los *Anales* de CARAVANTES, por ejemplo), por su excesiva dependencia de aportaciones que, abriendo campo, no pudieron profundizar lo suficiente (FERRERAS, 1972).

Acerca de la criminalidad y la represión en el Madrid de mediados del siglo XIX resultan muy ilustrativas las páginas de TRINIDAD FERNÁNDEZ (1982). En cuanto a su instrumento legislativo básico, el Código, se advierte una creciente atención monográfica: cabe destacar la aportación de SÁNCHEZ GONZÁLEZ (2004), a cuyas consideraciones sobre la regla 2.ª de la ley de medidas provisionales pueden añadirse con provecho las de BERMEJO CASTRILLO (1997).

4. JUSTICIA Y CONSTITUCIÓN

CAPÍTULO 10

CONFIGURACIONES Y DESFIGURACIONES DE LA JUSTICIA BAJO EL CONSTITUCIONAl DE 1869

Carmen Serván
Universidad de Sevilla

CONFIGURACIONES Y DESFIGURACIONES DE LA JUSTICIA BAJO EL CONSTITUCIONALISMO DE 1869

«La base de esta revolucion es una base jurídica, esencialmente jurídica, al desechar como insuficientes las instituciones anteriores y crear las nuevas, hemos de inspirarnos en el espíritu de esa revolucion, y buscar todos los medios de consolidar el edificio que hemos levantado (...) y nada más natural que llevar ese espíritu á la administracion de justicia.»

Segismundo Moret y Prendergast

Diario de Sesiones de 22 de junio de 1870, núm. 312, Tomo XIV, pág. 9054.

SUMARIO: I. ¿UN TERCERO EN DISCORDIA?: DERECHOS, JUSTICIA Y LEY. II. INDEPENDENCIA JUDICIAL E INTRUSISMO GUBERNAMENTAL. III. EXCLUSIVIDAD Y EXCLUSIONES EN LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA. IV. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA JUSTICIA. V. CONFIGURACIONES Y DESFIGURACIONES DE LA JUSTICIA. ORIENTACIÓN BIBLIOGRÁFICA.

I. ¿UN TERCERO EN DISCORDIA?: DERECHOS, JUSTICIA Y LEY

Suele ser lugar común en la historiografía calificar al constitucionalismo de 1869 de revolucionario e innovador. De ambos

conceptos participa, sobre todo si el análisis se hace teniendo presente los referentes constitucionales más inmediatos, en cuyo caso destacan los cambios y deslumbra el propio texto constitucional. El análisis que aquí se propone tiene, no obstante, una proyección diversa. No se trata sólo de concluir por la vía de la comparación, pues un lector atento a lo que hasta el momento se ha expuesto en este volumen podrá realizarlo sin intermediarios, sino de aprehender la lógica misma de este período, poniendo de relieve concepciones y concreciones: unas, las que se desprenden de la Constitución y, otras, las que resultan de no pocas disposiciones, legislativas y ejecutivas, que la completan.

El arranque no pudo ser más prometedor. Se consuma una revolución y se anuncia la "honra" para España y los derechos individuales para los españoles. Unas juntas populares y revolucionarias comienzan a declararlos; un texto constitucional culmina el proceso (1). La mera lectura del mismo, aún superficial, es suficiente para comprobar el lugar principal que en el articulado se ha reservado a los derechos y las libertades. No obstante, más allá de su inclusión interesa, particularmente, su configuración, porque será la que marque las pautas de nuestro estudio. Las expectativas serán completamente diversas e, incluso, contrarias, si es el ordenamiento y son las leyes quienes conceden y determinan los derechos o si, por el contrario, éstos se desprenden del individuo. En este último caso la Constitución deberá limitarse a reconocerlos y garantizarlos.

(1) La revolución se inicia en septiembre de 1868 contra el régimen isabelino. En ella confluyen distintas fuerzas políticas y unas juntas que comienzan a declarar derechos según su propio y particular criterio. En Madrid se constituye la que se denomina Junta Superior Revolucionaria que, "fiel a su elevado criterio", publica su propia declaración de derechos el 8 de octubre de 1868. En su texto se encuentran novedosas libertades al lado de antiguas reivindicaciones: sufragio universal, libertad de cultos, libertad de enseñanza, libertad de reunión y asociación, libertad de imprenta, juicio por jurados, unidad de fueros, por citar los más significativos. Las juntas desaparecen tras la constitución de un gobierno provisional que las disuelve el 20 de octubre de 1868. A partir de entonces la actividad normativa del gobierno marcará las pautas de la legalidad. Desde la provisionalidad se dictan una serie de decretos que, por ley de 19 de junio de 1869 (*Gaceta* del 21), se ordena sean tenidos y obedecidos "como leyes mientras las Córtes no decreten su reforma o derogación". Con esta estrategia, entre otras cosas, se priva a los jueces de cualquier posibilidad de inaplicación, dado que la norma constitucional, promulgada unos días antes, el 6 de junio de 1869, sólo les capacita, somo se verá, para dejar de aplicar los reglamentos.

La propia comisión constitucional se posiciona al respecto y anuncia las que serán las claves del sistema: "los derechos individuales, condiciones indeclinables del ciudadano" y, como resultado, una norma "fundada en la naturaleza humana". Por ello, la ley cede su lugar primero ante la justicia: "es preciso que el indivíduo tenga garantidos sus propios derechos por algo que no dependa de la voluntad movible y tornadiza de las Asambleas políticas, por algo más alto y más imparcial que el criterio de partido, por algo que no subordina jamás lo que hay de esencial y permanente en el hombre y la sociedad, á las conveniencias del momento, siempre pasajeras y transitorias" (2).

Esta doctrina constituyente es recogida por el Ministro de Gracia y Justicia quien, una vez aprobada la Constitución, la traslada a los jueces y magistrados a través de una circular en la que de forma expresa se ocupa de su cumplimiento, interpretación y aplicación. En ella se asume desde las primeras líneas que la norma constitucional consigna "los derechos, libertades y garantía naturales é imprescriptibles del ciudadano, sin los cuales no puede existir una vida digna" y que, en consecuencia, "los tribunales son los por esta [Constitución] encargados de su custodia por la aplicacion de las leyes comunes en los juicios civiles y criminales" (3). Los derechos comparecen, y vinculan a los jueces, pero puede que en el razonamiento ministerial haya un

(2) El dictamen de la comisión aparece publicado en el *Diario de Sesiones* de 30 de marzo de 1869, Apéndice al núm. 37, Tomo II.

(3) La circular es de 22 de junio de 1869 y fue publicada en la *Gaceta* del 23.

tercero en discordia, y no sea otro que la ley. Porque si el constituyente, tal y como de sus palabras puede deducirse, ha pretendido alejar los derechos de las leyes, la reducción de la función judicial a la mera aplicación de las mismas los estaría sometiendo sin remisión. La vinculación de la justicia a la ley puede, sin embargo, ser entendida como una garantía para el sistema, porque somete al juez al ordenamiento cuando administra justicia. Sin descartar esta última opción, no hemos de olvidar el presupuesto de partida: la Constitución reconoce unos derechos y los cualifica. Su posición parece ser la primera y su valor superior.

Esto es, al menos, lo que se desprende de la propia redacción constitucional de los derechos. Se adoptó una formulación en negativo dado que no iban a ser objeto de concesión sino de mero reconocimiento. De esta forma se presumía su existencia y se prohibía explícitamente la vulneración. Aún más, la enumeración constitucional ni siquiera sería determinante para su existencia. La legitimidad de un derecho no se hacía depender del reconocimiento legal sino de la naturaleza soberana del individuo, y esto es lo que consignaba sin ambages la cláusula abierta del art. 29, en lo que puede interpretarse como el último intento del constituyente por reafirmar el lugar primigenio de aquéllos: "La enumeracion de los derechos consignados en este título no implica la prohibicion de cualquiera otro no consignado expresamente". Bajo esta perspectiva se comprende que la justicia aparezca como su principal salvaguardia. Por ello se la vincula a los derechos desde su enunciación: todo detenido será puesto en libertad o "entregado á la autoridad judicial" (art. 3); la entrada en el domicilio y el registro sólo pueden ser decretados "por juez competente" (art. 5); sólo en virtud de "sentencia ejecutoria" pueden los españoles ser compelidos a mudar de domicilio o residencia (art. 6); es necesario "auto de juez competente" para detener la correspondencia (art. 7); nadie puede ser privado temporal o perpetuamente de sus bienes, ni turbado en la posesión de ellos si no es por "sentencia judicial" (art. 13). Son sólo algunos de los ejemplos más significativos, a los que sin lugar a dudas hay que añadir la propia concepción de la justicia como poder.

Según la redacción constitucional "los tribunales ejercen el poder judicial" (art. 36). Previamente ha definido las otras potestades: la de hacer las leyes, que reside en las Cortes (art. 34) y el poder ejecutivo, que reside en el Rey (art. 35). Se distinguen poderes y se separan, atribuyendo titularidad sin contemplar conjunción. La justicia ya no habría de ser, rompiendo con la tradición, campo de acción para la Administración. Precisamente algunas disposiciones preconstitucionales, fruto de la actividad del gobierno provisional que tomó las riendas del país consumada la revolución, adelantaban conclusiones a este respecto. Un decreto de noviembre de 1868 pone fin a la que se denomina *jurisdicción retenida* y que no era sino un reflejo más de esa administrativización de la justicia en la que han venido insistiendo capítulos precedentes. Se entiende, he aquí el fundamento teórico, que la justicia "debe ser independiente, libre, exclusiva". Al mes siguiente se aborda un asunto de tanto calado como era el de la *unificación de fueros* que, no por constitucionalmente repetido, había llegado a ser una realidad. La jurisdicción de Hacienda y la de Comercio son las únicas que desaparecen por completo. A la Iglesia se le reconoce una jurisdicción propia, "santa", que no puede ser menoscabada, y la jurisdicción militar, por su parte, mantiene intactas algunas de sus competencias aunque supongan excepciones respecto al principio de la unificación. Por eso no hay refundición, aunque se anuncia, de todos los fueros especiales en el ordinario, y sí una redistribución donde la especialidad jurisdiccional se mantiene aunque mermada. De los negocios comunes, civiles y criminales, en general, salva las excepciones del mencionado decreto, se ocupará la justicia ordinaria (4). El

(4) El primer decreto, de 26 de noviembre de 1868, procede a reorganizar el Tribunal Supremo y fue publicado en la Gaceta del día siguiente. El de unificación de fueros es de 6 de diciembre de 1868 y se publicó en la *Gaceta* del 7 de diciembre.

objetivo sigue intacto llegada la Constitución, de ahí que se recoja entre sus artículos el que prescribe que "no se establecerá más que un solo fuero para los españoles en los juicios civiles y criminales" (art. 91).

Como poder, "a los tribunales corresponde exclusivamente la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales" (art. 91), lo que incluye a la ley como elemento mediador entre las infracciones al ordenamiento y su reparación por la administración de la justicia. Con tales bases, cualquier vulneración que alcance a los derechos reclama la participación de la ley como parte insalvable del mecanismo de la justicia. Sin embargo, no cualquier ley. La Constitución ha prohibido la preventiva (art. 22) e impuesto la represiva. Más aún, ha reducido ésta última a las leyes comunes y, en consecuencia, al Código penal: "Los delitos que se cometan con ocasión del ejercicio de los derechos consignados en este título serán penados por los tribunales con arreglo á las leyes comunes" (art. 23).

El recurso a la ley tiene, de nuevo, una doble lectura: de un lado somete a los jueces al ordenamiento, a uno del que por voluntad constituyente se han querido eliminar la prevención y la especialidad legal y, de otro lado, vincula la justicia a la ley, por lo que pierden identidad sustancial los derechos y las libertades.

Cabe sin embargo una posición intermedia. Exigirle a la ley que se aplica un respeto escrupuloso a la Constitución y sus planteamientos garantizaría, por extensión, el respeto de los derechos y libertades tal y cómo aquélla los formula. El constituyente de 1869 no se olvida, de hecho, de ofrecer protección a las leyes, por eso ordena a los tribunales que no apliquen los reglamentos sino en cuanto estén conformes con las mismas (art. 92), y los hace, además, "responsables personalmente" de toda infracción de ley que cometan (art. 98). Una preocupación similar no se encuentra respecto al texto constitucional. Falta un control de constitucionalidad de las leyes, que a juicio de los diputados más coherentes con la concepción superior de los derechos bien podría haberse depositado en manos de los mismos jueces, de tal

modo que se les capacitara para dejar de aplicar aquellas leyes que fueran contrarias a la Constitución de la misma forma que se les capacita para dejar de aplicar los reglamentos, y es notoria la ausencia de órgano alguno al que se le encomiende la función de velar por su cumplimiento y observancia. Interesa vincular el juez a la ley, pero no específicamente a la Constitución, salvo, claro está, que esa ley genérica en la que no cabe rango o distinción comprenda la constitucional.

A este respecto pueden ser clarificadores distintos elementos. Uno, la Constitución misma que, si bien no incluye una mención específica sobre su valor normativo, contempla un procedimiento especial para su reforma o modificación. Se aleja el texto de 1869 del alcance de la ley ordinaria y, en la dificultad de su reforma, quizá podría vislumbrarse una señal de su superioridad normativa. La ley ordinaria no podría alterarla formalmente y, sin embargo, puesto que no se fija ningún mecanismo por el que asegure el cumplimiento y la observancia de la Constitución, podría ignorarla o vulnerarla sin que el sistema arbitre medios para su reparación. El valor mismo de la norma constitucional podría quedar, de esta forma, en entredicho. Aún así, nos queda otro elemento de juicio: la posición, a este respecto, de la propia magistratura.

Al poco tiempo de aprobarse la Constitución entre las sentencias del Tribunal Supremo hay algunas que incluyen artículos constitucionales. De ello bien podría desprenderse que algún valor normativo se le confiere a la norma constitucional, sobre todo si, tal y como sucede, en el ámbito específico de los recursos de casación, donde la interposición se vincula, entre otros supuestos, a la infracción de ley, los preceptos del texto constitucional son alegados por las partes y recogidos por el supremo tribunal entre sus considerandos (5). No obstante, cualquier conclusión a este respecto podría ser atemperada por

(5) Las leyes que reforman la casación civil y criminal son de 18 de junio de 1870 y se publicaron en las *Gacetas* de 22 y 23 de junio, respectivamente.

el hecho de que la norma constitucional nunca se cita en solitario y siempre se acompaña del correspondiente precepto legal de desarrollo (6).

La práctica parlamentaria nos dará la razón. El ministro de la Gobernación, Nicolás M.ª Rivero, reconoce ante las Cortes que una Constitución es "una serie de declaraciones de principios, de reglas abstractas, de derechos consignados, de núcleos de organizacion, que no pueden tener efecto ni realidad sin que se completen por medio de las leyes" (7). En el concreto capítulo de la justicia, la propia norma constitucional reconoce a estos efectos su inoperancia al incluir una Disposición Transitoria 2ª en la que establece lo que sigue: "Hasta que, promulgada la ley orgánica de tribunales, tengan cumplido efecto los arts. 94, 95, 96 y 97 de la Constitucion, el Poder ejecutivo podrá dictar las disposiciones conducentes á su aplicacion en la parte que sea posible". Se trata de una materia que afecta de modo particular a la organización de la justicia sin extenderse a asuntos que tienen que ver con sus competencias. Será la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 la que configure definitivamente el modelo de justicia propio de este constitucionalismo (8). La función judicial se define como "potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado" (art. 2), sin extensión a derechos o libertades sino en el medida que éstas los reconozcan y garanticen. Insiste la ley del 70 en la vinculación a ley: "Los jueces y tribunales no ejer-

(6) Las sentencias del Tribunal Supremo se localizan en la *Colección Legislativa de España*, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia. Las primeras en citar la norma constitucional son las de 1 de diciembre de 1869, 27 de noviembre de 1870 y 24 de diciembre del mismo año.

(7) *Diario de Sesiones* de 11 de enero de 1870, núm. 189, Tomo VIII, pág. 4844.

(8) La ley provisional sobre organización del Poder Judicial es de 15 de septiembre de 1870 y apareció publicada en la *Gaceta* entre los días 15 y 20 de ese mismo mes.

cerán más funciones que las expresadas en el artículo anterior, y las que ésta ley ú otras les señalen expresamente" (art. 3).

De todo lo expuesto bien podría concluirse que el Poder Judicial no está capacitado para atender directamente a derechos. Hay una remisión a ley que condiciona su ministerio a la concreta determinación legal. Es una sujeción que, al tiempo que protege al individuo de la posible arbitrariedad de quien lo juzga, lo priva de su naturaleza soberana y lo somete a la soberanía de la ley. Una ley que alcanza de manera determinante a la propia organización de la justicia pues hay, en la propia regulación constitucional, constantes remisiones a lo que en ella se disponga. Por paradojas de la propia Constitución, antes que a ley habrá que atender a las disposiciones del Ejecutivo, autorizado como queda por la mencionada Disposición Transitoria para intervenir en el organigrama de la justicia.

II. Independencia judicial e intrusismo gubernamental

En la definición de los poderes que contiene la Constitución de 1869 no hay lugar para las conjunciones. Legislativo, Ejecutivo y Judicial se enuncian sin intersecciones, al menos en lo que a la atribución de sus funciones se refiere. El principio de independencia judicial se entendía, por ello, como uno de los grandes progresos que el texto constitucional traería a la práctica jurídica. Independencia que debía ser operativa no sólo en el campo de las competencias sino, especialmente, en el de la organización judicial. Lo primero se subraya con el requisito de la exclusividad en la atribución de la potestad judicial; lo segundo, sin embargo, se relativiza y modera pues la participación del Ejecutivo se mantiene.

Comenzando por el ingreso en la carrera judicial, el texto constitucional prescribe el sistema de la oposición pero, al mismo tiempo, contempla la excepción. Una cuarta parte de los magistrados de las Audiencias y del Tribunal Supremo podrá ser

nombrada por el Ejecutivo; un *cuarto turno* que, si atendemos a las opiniones de los constituyentes, está reservado a las grandes personalidades de la práctica forense o de la enseñanza del Derecho que habrían de aportar a la magistratura su experiencia y conocimiento y que, de hacerse de la oposición un principio absoluto, se verían excluidos. La Constitución sí determina en su articulado la reserva numérica pero no la sustantiva, pues nada se dice de los requisitos que han de cumplir aquellos que ingresen por esta vía.

Tampoco en materia de inamovilidad se blinda a los jueces y magistrados frente a las intervenciones ejecutivas. Se concede al Ejecutivo capacidad para deponerlos y trasladarlos, por lo que el principio de independencia se resiente. La Constitución no es, en este caso, ni innovadora ni rompedora con el precedente, pues era una práctica constante de la justicia isabelina tal y como se ha expuesto en capítulos anteriores. Precisamente en esta praxis, dañina para la independencia de la administración de la justicia, fundamenta su decisión el constituyente de 1869, consciente de que no le pone remedio sino de que, más bien, la está elevando a la categoría de precepto constitucional. Según el razonamiento de la comisión constitucional la inamovilidad absoluta de los magistrados "ha sido una insigne mentira" ya que, a pesar de que estaba contemplada en los textos constitucionales anteriores, "una experiencia de treinta años demuestra que ni en una sola ocasion cuando el Gobierno ha separado magistrados inferiores ó superiores, no ha encontrado (...) en ninguna parte, la resistencia necesaria" y, por ello, se entiende que "es llegado el dia de que tal mistificacion ó engaño desaparezca de los preceptos constitucionales" (9).

Algunos requisitos, no obstante, se contemplan para el caso de que el gobierno haga uso de cualquiera de estas facultades.

(9) *Diario de Sesiones* de 24 de mayo de 1869, núm. 81, Tomo IV, pág. 2277.

Se las quiere presentar como medidas protectoras y garantistas, pero de su eficacia también se duda. Nos referimos, más en concreto, a la participación que se le concede al Consejo de Estado en materias relacionadas con la justicia. Se prescriben sus propuestas para todos los nombramientos, su audiencia para el ingreso por el *cuarto turno* y la consulta para los casos de destitución, traslado y ascenso. La cuestión fue controvertida en los debates constituyentes porque no faltaron opiniones en contra. Se discutió incluso la posibilidad de que fuera la propia magistratura, concretamente el Tribunal Supremo, quien participara en estas cuestiones y no un órgano administrativo cuyos miembros nombraba y deponía libremente el Ejecutivo. Estiman algunos que se logran así mayores garantías para la justicia dado que no es una limitación que se imponga al Ejecutivo el que tenga que oír al Consejo de Estado, sobre todo cuando la autoridad de éste deriva de su participación en aquél (10).

También se prescribe la sujeción del gobierno a lo que se disponga en la Ley Orgánica de Tribunales. La Constitución esboza los principios pero su proyección dependerá de dicha ley. Sólo a través suya se podrán cumplir los preceptos constitucionales tal y como vino a reconocer la Disposición Transitoria 2ª que ya se ha mencionado. De momento se hace al Ejecutivo partícipe de la aplicación de las disposiciones constitucionales en la parte que considere posible. La configuración de la justicia está, prácticamente toda, al menos de entrada y mediando Constitución, al alcance del gobierno.

En uso de sus atribuciones publica un decreto el 3 de julio de 1869 que, por extraño que pudiera parecer, no destaca por la parte de la Constitución que aplica sino, precisamente, por la que deja inoperante. Considera imposible el ministro que lo suscribe, Cristóbal Martín de Herrera, la oposición y la participación del Consejo de Estado en el nombramiento, y también el

(10) *Ibidem* págs. 2258-2289.

establecimiento de causa determinada para las traslaciones, aún cuando reconoce sin ambages que éstas pueden suponer destituciones encubiertas. Ni siquiera cree posible que pueda cumplirse el precepto constitucional que faculta a los tribunales para no dar posesión a los jueces y magistrados cuyo nombramiento considere que no ha sido hecho "con arreglo a la Constitucion y á las leyes" (art. 96), siendo éste uno de los pocos casos en los que la magistratura interviene en su propia configuración, junto con la destitución por sentencia o la suspensión por auto (art. 95). Es tal el intervencionismo gubernativo que dicho decreto contemplaba que la opinión pública, alentada por los vientos de cambio que se aventuraron con la revolución, vio en él una verdadera vulneración de la Constitución y una intrusión en el poder soberano de las Cortes constituyentes.

Así se reconoce en el decreto de 15 de julio de ese mismo año que vino a derogarlo. El ministro que lo firma, ahora Manuel Ruiz Zorrilla, no comparte las críticas que se le hicieran a la disposición de primeros de julio sino que, más bien, las refuta, aun cuando admite que no fue recibido con satisfacción ni entendido como una solución a la cuestión de la inamovilidad. Aprovecha, eso sí, para exponer su propia concepción sobre la independencia judicial: la inamovilidad es un objetivo, pero ha de dosificarse con prudencia y moderación. La propia situación actual de la magistratura así lo requiere dado que no reúne las condiciones necesarias para cumplir los deberes que la Constitución le impone. No se quieren, según se indica, ni el intervencionismo ni la arbitrariedad del Ejecutivo, pero se ponen en vigor los decretos de 29 de diciembre de 1838 y de 7 de marzo de 1851 que tampoco los impiden. Mientras que las constituyentes anuncian nuevos tiempos para la justicia y nuevos principios, el gobierno recurre a viejas disposiciones (11).

(11) El decreto de 3 de julio fue publicado en la *Gaceta* del día 4 de ese mes y el de 15 de julio en la *Gaceta* del 20.

La situación, interina, pues sólo se admitía mientras no se promulgara la ley de tribunales, se solventa también desde la provisionalidad, ya que tal es la condición que ostenta la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870. El dato no es baladí habida cuenta de que el texto de la ley no se discute en las Cortes sino exclusivamente el artículo que autorizaba al gobierno para su establecimiento provisional. Al margen de las acusaciones de inconstitucionalidad que este particular modo de aprobación provocaron, las principales controversias se suscitaron en torno al principio de inamovilidad judicial, porque lo cierto es que el texto de la ley contempla, a nuestro modo de ver, una inamovilidad absoluta y otra relativa. A quienes ingresen una vez aprobada la ley de tribunales les serán aplicables todas las garantías que esta ley instaura; a quienes ya formaran parte de la magistratura, la inamovilidad no es condición que se les presume sino concesión que se les hace.

Para los primeros el ingreso, excepto aquella la "cuarta parte", sólo podrá hacerse por oposición. Se articula a estos efectos un cuerpo de aspirantes, formado por los examinados y aprobados, que variará numéricamente en función de las vacantes que cada año sean necesarias cubrir (arts. 80-108) (12). Los que ingresen por el *cuarto turno*, sólo como magistrados de las Audiencias y del Tribunal Supremo, habrán de pertenecer a alguna de las categorías profesionales que prescribe la ley, sin que haya una regla fija pues son distintas las condiciones que se imponen a quienes van a ser nombrados para la Audiencia de Madrid, el Tribunal Supremo o las demás Audiencias (arts. 133-146). El nombramiento, de unos y otros, lo hace el Ejecutivo, con el trámite previo, contemplado ya constitucionalmente, de la propuesta del Consejo de Estado para quienes ingresan por oposición y su audiencia para el *cuarto turno* (arts. 165-179).

(12) El reglamento de los cuerpos de aspirantes a la judicatura y al Ministerio Fiscal fue promulgado por decreto de 8 de octubre de 1870 y publicado en la *Gaceta* del 10.

Dos garantías acompañan al nombramiento, esta vez fuera del alcance del Ejecutivo y dentro de la órbita del propio Poder Judicial: una se concreta en la posibilidad de entablar recurso contencioso ante el Tribunal Supremo para quienes teniendo el derecho a ingresar fueran "pospuestos indebidamente" (art. 180), y otra, en el momento de la toma de posesión, al conferirse al Ministerio Fiscal la facultad de controlar si el nombramiento ha sido hecho "con arreglo á la Constitución y á las leyes (art. 183) ya que, de no ser así, los presidentes de las Audiencias o del Tribunal Supremo no darán posesión del cargo, manifestando al gobierno los motivos de su decisión (arts. 7. 2.° y 181-184).

En materia de inamovilidad judicial, la ley del 70 también alberga el intervencionismo gubernativo, sin que ello pueda entenderse como una traición a los presupuestos constitucionales dado que es una posibilidad que la norma de 1869 admite y permite. De lo que ahora se trata es de reglar la injerencia, por eso se prohíbe al gobierno "destituir, trasladar de sus cargos ni jubilar á los Jueces y Magistrados, sino en los casos y la forma que establecen la Constitución de la Monarquía y las leyes" (art. 9). La inamovilidad judicial se define, en consecuencia, como "el derecho que tienen los Jueces y Magistrados á no se destituidos, suspensos, trasladados ni jubilados sino por alguna de las causa que en este título se expresan" (art. 222).

Las destituciones pueden producirse por sentencia o por real decreto, y sólo para las segundas hay expresión de causas pues no implican hechos delictivos sino, por lo general, actos censurables (art. 224). Causal es también la traslación, aunque de competencia exclusiva del gobierno (art. 234). La suspensión es, sin embargo, asunto que se reserva a la propia magistratura, aunque siempre con expresión de causa (art. 227). Contra la infracción de los principios legales, bien porque la suspensión se realizara por el gobierno, bien porque en la destitución o el traslado no se hiciera mención de la causa o ésta no fuera de las contempladas en la ley, o no se observara en ésta las formas que prescriben la Constitución y la propia ley (incluida la participación del Consejo de Estado), cabe interposición de recurso contencioso ante el Tribunal Supremo (art. 244).

La inamovilidad judicial se relativiza, como se viene exponiendo, en la propia ley del 70, al ser nominal y no general para quienes ya forman parte de la magistratura. Es un hecho que evidencia el contraste que se produce entre los planteamientos teóricos de Derecho constitucional y la realidad constituida, y que se explica por las concretas condiciones en las que se inserta la justicia que llega hasta 1870, analizadas con detalle en los capítulos precedentes. Una junta de calificación se encargaría de examinar los expedientes y de resolver particularmente. Las disposiciones transitorias de la ley orgánica esbozan su planteamiento y un decreto de 3 de octubre de 1870 dicta las reglas para su organización. El pensamiento que guía al gobierno y que él mismo califica de "levantado y leal" es, como ocurriera en épocas anteriores, el de la depuración. Se trata, a fin de cuentas, de excluir a quienes no se consideran adecuados.

Partiendo de esta distinción real entre los jueces, entre quienes gozan de las garantías de la ley orgánica y quienes quedan a la absoluta disponibilidad del Ejecutivo, ya porque han sido examinados y no han conseguido la declaración favorable sobre la inamovilidad, ya porque todavía no han sido calificados, el principio de la inamovilidad judicial se relativiza hasta el punto de que un decreto de 27 de junio de 1872 viene a "tranquilizar la opinion, vivamente alarmada por las consecuencias de las facultades discrecionales por el Gobierno restablecidas", y recuerda que por una real orden de 5 de septiembre de 1871 se determinaron las causas y el procedimiento que había de seguirse para los traslados y las destituciones de quienes no gozaban de la condición de inamovibles. Por ello ordena la reposición en sus puestos de cuantos jueces de primera instancia y promotores fiscales hubieran sido trasladados y cesados sin la suficiente causa. Otra orden de 30 de junio de ese mismo año vuelve a recordar su cumplimiento, pero introduce un asunto a todos los efectos relevante: dado que no pueden ser arbitrariamente destituidos ni trasladados, "es de abso-

luta é imprescindible necesidad emplear la vigilancia más rígida y el celo más constante en investigar las faltas en que pudieran incurrir, y las cualidades de que carezcan, con el objeto de aplicar inmediatamente el oportuno correctivo" (13).

Es un principio básico del organigrama judicial: no hay inamovilidad sin responsabilidad. Permítasenos tan sólo algunas observaciones a este respecto. La Constitución hace responsable a los jueces por toda infracción de ley que cometan, pero remite a lo que se determine en la ley de responsabilidad judicial (art. 98), que resultó ser la Ley Orgánica de 1870. Aquí la infracción de ley puede dar lugar a una responsabilidad criminal o civil: en el primer caso se habrán infringido leyes relativas al ejercicio de las funciones judiciales y así debe estar previsto en el "Código penal ó en otras leyes especiales" (art. 245); en el segundo, la infracción ha de haberse producido por "negligencia ó ignorancia inexcusables", entendiendo por éstas las providencias dictadas, aún sin intención, manifiestamente contrarias a las leyes y las faltas de trámites o solemnidades que impliquen nulidad (arts. 260 y 262). Esta responsabilidad habría de extender sus efectos sobre la inamovilidad judicial. Aparte de la destitución por sentencia firme en la que ésta se declare, cualquiera otra que imponga una pena correccional o aflictiva acarreará esta misma consecuencia (art. 223.1.° y 2.°). La declaración de responsabilidad civil legitima además al gobierno para decretar la destitución (art. 224.4.°).

A través de la jurisdicción disciplinaria se puede, incluso, modular la inamovilidad. No se extiende aquélla sobre los hechos que constituyen delitos ni sobre los que no han trascendido de la esfera privada del juez, pero las correcciones que en su virtud se impongan pueden significar la destitución de los jueces (art. 224.2.°) o su suspensión (art. 227.4.° y 5.°); y una

(13) El decreto de 3 de octubre de 1870 que dicta las reglas para organizar la Junta de calificación se publicó en la *Gaceta* del 6 de octubre; las disposiciones de 27 y 30 de junio en las *Gacetas* de 28 de junio y 2 de julio, respectivamente.

destitución que es, más aún, gubernativa, con el intrusismo que ello supone en la configuración de la justicia.

Tras lo expuesto, analizada la pretendida independencia y la relativa inamovilidad, las conclusiones que a este respecto se extraigan no pueden caer en el simplismo de las afirmaciones más optimistas ni en el descrédito absoluto de los avances proyectados. La propia comisión que elabora el proyecto de ley de organización de tribunales reconoce la dificultad de encontrar un único modelo de justicia cuando es una constante de todo este período la confluencia de doctrinas y sistemas que, en no pocas ocasiones, se contraponen. La Constitución misma es una muestra de esa miscelánea conceptual que alcanza a todos los órdenes de la legalidad. La configuración de la justicia da prueba de los planteamientos más novedosos, que insisten en la independencia y la inamovilidad y, a la vez, confirma el intervencionismo gubernativo o la confluencia de poderes; hay disyunciones y conjunciones, garantías para el individuo y resguardo para las infracciones. Cabe, incluso, una administración de la justicia que se define exclusiva pero que a su vez no es completamente excluyente.

III. Exclusividad y exclusiones en la administración de la justicia

La justicia, como potestad, se pretende exclusiva e independiente, garantía primera de los derechos y las libertades; pero lo pretendido no es siempre lo real si no se acompaña de una reforma a fondo de las estructuras jurídicas existentes, ni se lleva a la práctica porque razones de prudencia o conveniencia así lo aconsejan. La justicia, también por exclusiva, presupone lo excluyente; impide, por definición, el reparto competencial. De ahí que los fundamentos que vinculan Administración y justicia, y en los que se ha venido insistiendo en este volumen, o que avalan aquellas jurisdicciones especiales que sustraen de la ordinaria el

conocimiento de determinadas causas, sean los primeros que pretenden desmontarse. Sin embargo, las interferencias en la función judicial se producen, en unos casos porque el ámbito competencial de las autoridades administrativas las provocan y, en otros, porque la protección del orden público bien merece, a juicio y resultas de las prácticas concretas, el sacrificio de las autoridades judiciales y su sustitución por las militares.

Comenzando por la interrelación entre Poder Judicial y Administración, unos primeros e importantes pasos se dieron, como se ha expuesto, para deslindar ambos órdenes. Se trataba de "restituir á la administracion de justicia lo que de ella se había desmembrado, dando á los derechos legítimos toda la proteccion, toda la garantía que necesitan si no han de ser menoscabados" y, adjudicando como resultado, el conocimiento de las causas contencioso-administrativas al Tribunal Supremo. Sin embargo, sólo un mes antes se había procedido a la organización provincial y municipal, suponiéndole a las autoridades administrativas una reserva competencial que excluía a la judicial. Es el caso, más significativo, de los gobernadores civiles, a quienes se les faculta para imponer multas, o incluso arresto supletorio si éstas no se pagaran, al objeto de reprimir los actos contrarios a la religión, a la moral o la decencia, las faltas de obediencia o respeto a su autoridad, las que cometan los funcionarios y corporaciones en el ejercicio de sus cargos, y las infracciones en que incurran las sociedades y empresas que estén sujetas a la inspección administrativa. Expresamente se prescribe que la autoridad judicial procederá "fuera de los casos" que se han mencionado y, aún más, para evitar el intrusismo de los jueces y tribunales se faculta al gobernador para "provocar competencias" cuando éstos invadan sus atribuciones (arts. 81 y 82 de la ley provincial) (14).

(14) Las leyes municipal y provincial de 1868 fueron puestas en vigor por un decreto de 21 de octubre de 1868 publicado en la *Gaceta* del día 22. Reconoce el gobierno provisional, en el preámbulo, la "necesidad apremiante de

La aprobación de la Constitución no significó el destierro definitivo de tales prácticas, sino la convivencia entre una justicia exclusiva y una administración excluyente, por contradictorios que puedan parecer ambos términos. El Consejo de Estado, a quien corresponde la resolución de estas cuestiones de competencia, mantiene intacta, a través de sus decisiones, la idea de que el Poder Judicial puede ver limitadas sus actuaciones en su confluencia con las autoridades administrativas. Su doctrina, basada en un reglamento de 1863 relativo al gobierno y administración de las provincias, afirma la incompetencia de los jueces cuando el castigo del delito o falta fuera reservado por ley a los funcionarios de la Administración (15).

Con las nuevas leyes municipal y provincial de 1870 las facultades de las autoridades administrativas se reducen y, más en concreto, desaparece la reserva competencial a favor de los gobernadores que justificaba la exclusión de las judiciales (16).

poner en vigor una legislacion administrativa" acorde con los nuevos principios y orientada a servir a las corporaciones populares. Para ello, a falta de determinarse la forma de gobierno por la Constitución, considera lo más oportuno "utilizar una obra que no puede menos que ser grata á los ojos del país", puesto que se trata de la ley municipal discutida y publicada en 1854, "con las modificaciones que indispensablemente exigen las nuevas necesidades del país" y de tomar como ley provincial "las bases votadas también por aquella memorable asamblea".

(15) La ley para el gobierno y administración de las provincias y el reglamento para su ejecución son de 25 de septiembre de 1863 y ambos fueron publicados en las *Gacetas* del día 27 y el día 28, respectivamente. Los artículos que se utilizan en los fundamentos del Consejo de Estado son el 53 y 54 del reglamento. Sus decisiones pueden consultarse en la *Biblioteca jurídica de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Jurisprudencia administrativa o colección completa de las Decisiones y Sentencia dictadas a consulta del Consejo Real, del Tribunal Supremo contencioso-administrativo y del Consejo de Estado, desde la instalación del primero en 1846 hasta el día.* Imprenta de la Revista General, tomos XVI-XXIII, 1868-1877.

(16) Las leyes municipal y provincial son de 20 de agosto de 1870 y se publicaron el la *Gaceta* del día 21.

Trascurre, no obstante, algún tiempo, hasta que el deslinde es una realidad. Si hemos de atender a lo que dispone el nuevo Código penal, sus preceptos en materia de faltas "no excluyen ni limitan las atribuciones que por las leyes municipales ó cualesquiera otras especiales competan á los funcionarios de la administracion para dictar bandos de policía y buen gobierno, y para corregir gubernativamente las faltas en los casos en que su represion les esté encomendada por las mismas leyes" (art. 625). ¿Qué ocurre, entonces, en el caso de coincidencias? ¿Dónde ésta la línea divisoria entre ambas autoridades? El gobierno, consciente de los problemas, ha de exponer su doctrina para que sirva de norma: con la nueva ley del Poder Judicial, que atribuye a los jueces municipales los juicios de falta (art. 271), cualquier acción que se subsuma en alguna de las faltas que define el Código penal, "aún cuando á la vez se halle comprendida en las Ordenanzas de los Ayuntamientos ó bandos que publiquen los Alcaldes, en virtud de las facultades que la ley les atribuye, el conocimiento del juicio corresponde al Juez municipal"; a los alcaldes les corresponde "imponer gubernativamente, sin forma de juicio", las penas que se señalen en la ley municipal, ordenanzas o bandos (17).

Mayor complejidad presenta el artículo constitucional que elimina del ordenamiento la previa autorización para procesar ante los tribunales a los funcionarios públicos, cualquiera que fuera el delito que cometieren (art. 30). Aún cuando afecta al personal de la Administración, el precepto no se coloca entre los que determinan y configuran poderes, sino entre los derechos que se predican de los individuos, más como una condición sustantiva que adjetiva. La referencia a los delitos nos remite al Código penal, que a estos efectos considera funcionario a "todo el que por disposición inmediata de la ley, ó por eleccion popular ó por nombramiento de autoridad competente, participe del ejercicio de las funciones públicas" (art. 416). Ello comprende a las autoridades municipales y provinciales y, sin embargo, disposiciones anteriores a la Constitución y al Código, todavía vigentes, desconocen tales preceptos. En concreto, la norma municipal del 68 exige la autorización previa de la autoridad gubernativa para que la acción de la justicia alcance a los ayuntamientos, alcaldes, regidores, alcaldes de barrio y agentes del ayuntamiento, salvo las excepciones que esta misma norma establece (arts. 178 y 187).

(17) Orden de 1 de agosto de 1871, publicada en la *Gaceta* del día 26 de ese mes.

De nuevo ha de intervenir el gobierno, pues en parte se trata de asuntos que incumben a las autoridades administrativas, para recordar a los gobernadores el cumplimiento de la Constitución. En una orden circular de 11 de junio de 1870 se reconoce lo contradictorio de una realidad práctica en la que las autoridades judiciales piden la autorización y los gobernadores se la deniegan, a pesar de que los delitos se hubieran cometido después de aprobarse la norma constitucional. El art. 30, según la mencionada disposición, ha de ser cumplido para que no se ponga "impedimento alguno á la autoridad judicial en el ejercicio de sus funciones".

Sin abandonar la cuestión de la exclusividad, abordemos ahora lo que, a nuestro entender, es una de la grandes quiebras del modelo de justicia que articula la Constitución de 1869. No obstante la afirmación, rotunda, de que los negocios comunes civiles y criminales han de corresponder en exclusiva a la jurisdicción ordinaria, se mantiene una reserva jurisdiccional a favor de las autoridades militares. El mencionado decreto de diciembre de 1868, llamado de unificación de fueros, atribuye a la jurisdicción castrense el conocimiento de los delitos comunes cometidos por militares en servicio activo con algunas excepciones. La justicia ordinaria conoce, pues, lo que de aquélla se exceptúa, y las reglas constitucionales se invierten. La situación no cambia con la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial. Competen a la jurisdicción de Guerra y de Marina "las causas crimi-

nales por delitos cometidos por militares y marinos de todas clases en servicio activo" y las que se susciten por otros delitos, más propiamente militares, como los de deserción, espionaje, robo de armas o traición, entre otros; la competencia de la jurisdicción ordinaria se articula, también aquí, por vía de excepción (art. 347-351).

Aparte de esta reserva jurisdiccional, precisa y reglada, la suplantación de los jueces y tribunales por las autoridades militares puede ser requerida en aras de la protección del orden público. La norma constitucional contempla un estado de excepción, durante el cual quedan en suspenso las garantía constitucionales, abierto a la participación de las autoridades civiles y militares. La única condición que se les impone en sede constitucional es que no establezcan otra pena que la prescrita previamente por ley. Un sistema de doble ley, a modo de cordón sanitario, reduce el abuso indiscriminado: las garantías constitucionales, sólo las que el artículo constitucional menciona, no podrán suspenderse sino temporalmente y por medio de una ley, cuando así lo exija la seguridad del Estado en circunstancias extraordinarias; una vez aprobada ésta, y por el tiempo que dure la suspensión, se aplicará la ley de orden público establecida de antemano (art. 31).

Así las cosas, la jurisdicción militar puede ejercerse en virtud de las competencias que le atribuye la norma sobre unificación de fueros y la ley de tribunales, o mediando un estado de excepción declarado por ley, sujetándose en tal caso a las prescripciones que la de orden público establezca. Aun no siendo poco, aún se extendería más. Por un decreto de 22 de julio de 1869 se pone de nuevo en vigor una ley de 17 de abril de 1821 que regulaba el procedimiento en las causas que se formaran por conspiración directa contra la Constitución, la seguridad interior y exterior del Estado o contra la persona del Rey. El decreto hace algunas variaciones entre los supuestos de la norma del 21: la conspiración contra la Constitución a la vez que directa ha de ser "á mano armada", y el procedimiento

fijado se impone también a las causas que se sigan contra los "salteadores de caminos ó ladrones en cuadrilla, en poblado ó despoblado" (art. 1) (18). Interesa de manera particular porque reconoce la competencia de la jurisdicción militar, a través de los Consejos de guerra, sin que se trate de enjuiciar a militares en activo y sin que estén suspensas las garantías constitucionales. En este caso lo único relevante es que el hecho se identifique con los supuestos del decreto. El gobierno pretendía, según su justificación, restablecer el orden público sin necesidad de acudir a las medidas extraordinarias que consigna la Constitución, pero parece olvidar que la sustitución de la jurisdicción ordinaria por la militar ya es de por sí una medida extraordinaria.

El tema de la jurisdicción militar volvería a plantearse al discutirse en las Cortes la nueva ley de orden público de 1870, aquella que la Constitución contempla para los momentos de excepción. En su articulado se reconocía a los consejos de guerra como jurisdicción competente, lo que ocasionó que algunas voces se alzaran, entre los constituyentes, para denunciar que tal posibilidad vulneraba el art. 11 de la Constitución por cuanto en él se disponía que "ningún español podrá ser procesado ni sentenciado sino por el juez ó tribunal á quien, en virtud de leyes anteriores al delito, competa el conocimiento, y en la forma que estas prescriban. No podrán crearse tribunales extraordinarios ni comisiones especiales para conocer de ningún delito". Los consejos de guerra no son, para quienes sostienen la inconstitucionalidad, tribunales ordinarios; para quienes la refutan, la ley de orden público es la ley anterior a la que la Constitución se refiere, por lo que se cumple el requisito constitucional. Será ésta la postura que se imponga. La jurisdicción militar se mantiene en el texto de la ley y a ella se someten las rebeliones de carácter militar y aquellos rebeldes

(18) El decreto de 22 de julio de 1869 se publicó en la *Gaceta* del día 24.

y sediciosos que la ley determina, estableciéndose como criterio genérico el juicio militar para quienes "tomen parte con armas en una rebelión ó sedición y en poblado, sean estas ó no de carácter militar", si hicieren resistencia a las fuerzas públicas (arts. 27-29) (19).

Pero la ley de orden público sólo ha de regir cuando estén suspensas las garantías constitucionales, de ahí que esta expansión de la jurisdicción militar se reduzca en tiempo y forma. Lo que sucede más tarde es otra vuelta de tuerca en la desvirtuación del sistema. En una orden de 19 de julio de 1870 se mantiene que "la prescripcion contenida en el art. 1° de la ley de órden público, relativa á que sus disposiciones serán únicamente aplicadas cuando se haya promulgado la ley de suspension de garantías, se entenderá que sólo se refiere á los artículos de dicha ley cuya aplicacion sea contraria á lo establecido en la Constitucion de la Monarquía". Concluida, previamente, la adecuación de los consejos de guerra que dicha ley contempla a los preceptos constitucionales, no hay motivo que impida su funcionamiento. La orden del Ministro así lo afirma: "Una vez declarado el estado de guerra, se dará puntual cumplimiento á cuanto previene el Título 2° de la mencionada ley [de orden público], sin esperar á que se promulgue la de suspension de garantías; toda vez que se han llenado las condiciones que exige el art. 11 de la Constitucion" (art. 4).

De esta forma, la sustitución de la jurisdicción ordinaria por la militar no depende de una decisión constituyente o legislativa, sino de las propias autoridades militares que, en uso de las atribuciones que esta orden les concede, tienen en sus manos la declaración del estado de guerra y la alteración de la lógica constitucional de la justicia.

(19) La ley de orden público es de 23 de abril de 1870 y se publica en la *Gaceta* del día siguiente.

IV. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA JUSTICIA

El constituyente de 1869, dispuesto como está a acometer la más completa reforma de la administración de justicia, no se olvida de consignar en la norma constitucional el juicio por jurados. No se hace, sin embargo, con la radicalidad que algunos reclaman, ni con la que se contemplara en los primeros momentos revolucionarios. La Junta Superior Revolucionaria de Madrid incluye el juicio por jurado entre los derechos que declara y, sin embargo, en sede constitucional no se encuentra en el Título Primero que reconoce derechos y libertades, ni como derecho, ni como garantía primaria de los mismos, mientras que sí se contemplaba la participación de los jueces. "El juzgar es reinar", insiste en las constituyentes el diputado Rodríguez Pinilla ante un proyecto que sólo entiende al jurado como un "cargo" dentro de la organización de la justicia, y que lo deja al arbitrio de la ley (20): "Se establecerá el juicio por jurados para todos los delitos políticos y para los comunes que determine la ley. La ley determinará también las condiciones necesarias para desempeñar el cargo de jurado" (art. 93).

La redacción en futuro puede significar su postergación y, a fin de cuentas, su determinación por ley. La comisión constitucional ha de responder ante la preocupación que esta incertidumbre temporal despierta en algunos, y lo hace con el argumento, a todas luces insuficiente, de que "lo mismo se dice con la palabra se *establecerá* que con la palabra se *establece*". La cuestión no es, como se pretende, meramente gramatical, pues habilita al legislador para aplazar su establecimiento hasta que lo estime conveniente, sometiéndolo a las decisiones políticas. Tampoco se detallan el ámbito competencial ni las condiciones que ha de reunir quien vaya a desempeñar el cargo de jurado. En

(20) Todas las intervenciones parlamentarias sobre el jurado, la que ahora se cita y las que sigan, se localizan en el *Diario de Sesiones* de 22 de mayo de 1869, núm. 80, Tomo IV, págs. 2245-2249.

ambos casos se recurre a la ley que deberá concretar la referencia genérica a los delitos políticos y los comunes, y podrá introducir sin restricciones los requisitos exigibles a quienes ejerzan como jurados, sobre todo porque con la redacción constitucional se termina configurando como capacidad lo que en un primer momento pudo entenderse como derecho.

Respecto a la indeterminación competencial, la propia comisión constitucional, artífice de la distinción entre los delitos políticos y los comunes, no considera posible ni siquiera enumerar los primeros. Da una definición muy genérica y, por ello, absolutamente imprecisa. Entiende que todos lo delitos contra el Estado, contra sus instituciones o poderes, pueden ser comprendidos en la clase de los políticos. Por su naturaleza, y es conjetura doctrinal, podrían necesitar de la participación de la sociedad misma; del juicio de la opinión pública. Como era previsible, habrá que esperar a la ley para cualquier concreción. Será la orgánica de tribunales de 1870 la primera en contemplar el juicio por jurados, aunque de ella no pueda desprenderse su inmediato establecimiento. Se ocupa de la materia lo mismo que se ocupa de todos los aspectos que afectan a la administración de justicia, por eso los incluye dentro del Título I dedicado a la *división territorial en lo judicial y los juzgados y tribunales.* Lo circunscribe al ámbito de las Audiencias y le encomienda el conocimiento de determinadas causas sin distinguir entre los delitos políticos y los comunes. La atribución se hace siguiendo, como criterio general, el de la pena, y sólo particularmente se les encargan las causas por delitos "de lesa majestad, de rebelion, de sedicion" (art. 13.1.° y 276.2.°); delitos estos últimos que, sin calificarse de manera específica como políticos, encajan a la perfección entre los que atacan al orden social, porque atacan, a su vez, a las instituciones del Estado o a sus autoridades.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal de diciembre de 1872, de la que hubo de depender finalmente el establecimiento efectivo del jurado, por más que en su momento la comisión constituyente pretendiera convencer a la Cámara de que los tiempos

verbales de la redacción constitucional eran irrelevantes para su planteamiento, no satisface las prescripciones constitucionales porque tampoco atribuye competencias en función de unas categorías de delitos, los políticos y los comunes, sino de las materias. Serán conocidos por el jurado los delitos contra la Constitución, los que se cometan con ocasión del ejercicio de los derechos individuales, los relativos al orden público, los definidos y penados en la ley electoral y los cometidos por medio de la imprenta, grabado u otro medio de publicación, a excepción de los de injuria y calumnia contra particulares (art. 661) (21).

En dicha norma se constata también que el "cargo", más que para ciudadanos, es para "jefes de familia" y "capacidades". De un lado estarían los españoles mayores de 30 años que estuvieran en el pleno goce de los derechos civiles y políticos, supieran leer y escribir, tuvieran la cualidad de vecinos y se hallaren incluidos como cabezas de familia, con casa abierta, en las listas que habrían de formarse en cada uno de los términos municipales; de otro, aquellos españoles mayores de edad que, estando en el pleno goce de los derechos civiles y políticos, pero sin ser cabeza de familia, tuvieren un "título profesional" o hubieren desempeñado "algun cargo con la categoría de Jefe de negociado de la Administracion" (arts. 664 y 665). La inclusión de los primeros se comprende dado el papel relevante que a efectos civiles, y también políticos, sigue teniendo en esta época el padre de familia. Respecto a los segundos, tal vez podrían aportar a la institución del jurado la ilustración suficiente para que desarrollara su función de manera satisfactoria. De entre quienes cumplan estas condiciones los jueces elegirán, discrecionalmente, hasta reducirlos a un centenar en el caso de las capaci-

(21) La Ley de Enjuiciamiento Criminal es de 22 de diciembre y se publicó en las *Gacetas* de 24, 25 y 26 de ese mismo mes. En la misma fecha se dicta un orden instando a las autoridades judiciales y funcionarios del Ministerio Fiscal a la adopción inmediata de las disposiciones de la nueva ley y, en especial, en lo relativo al jurado, publicada en la *Gaceta* del día 30 de diciembre.

dades y a doscientos en el de los cabeza de familia. El objetivo es la "depuración", según las instrucciones que da el gobierno en una real orden de 28 de diciembre de 1872 dictada para el planteamiento inmediato de la ley. Se necesita, insiste el Ejecutivo, que "se sepan escoger los mejores entre los buenos", pero tal libertad de criterios quizá pudiera favorecer que, en la práctica, hubiera preferencias encubiertas por razón de clase, renta o posición.

Una vez en su cargo no deberían vincularse a la ley de la misma manera que lo hacen los jueces del derecho porque, según el criterio de la comisión constitucional, se pretende que remedien "los errores, los males causados por legislaciones contrarias al espíritu nacional"; se entiende al jurado, a fin de cuentas, como la expresión de la conciencia popular. En sus deliberaciones, no obstante, hay más que "hechos". Se les pregunta sobre la culpabilidad, circunscrita a un determinado delito, la tentativa, la frustración, las circunstancias agravantes, atenuantes y eximentes y sobre las faltas incidentales si las hubiere (art. 750). Tanto es así que los magistrados pueden someter la causa al conocimiento de un nuevo jurado porque, siendo manifiesta la inculpabilidad del procesado, hubiera decretado el jurado que lo enjuició su culpabilidad, y viceversa, o porque del desarrollo del juicio resultara evidente el delito del que fuere culpable el acusado y el jurado lo hubiera declarado responsable de otro diverso (art. 783). La mera apreciación de los hechos es lo que presuponen los dos primeros supuestos, mientras que el último lo provoca el error del jurado al subsumir el delito en el tipo legal, lo que implica una actuación que alcanza al derecho. A pesar de todo sólo serán responsables por no desempeñar sus funciones de manera adecuada, y no por la incorrecta apreciación del delito.

La fecha tardía de la norma de enjuiciamiento, truncada como queda a los pocos meses la experiencia constitucional de 1869, impide realizar una valoración sobre la puesta en práctica del jurado. No hubo tiempo, en esta ocasión, para que el gobierno, como hizo otras veces, dictara instrucciones o resolviera conflictos que pudieran aportar alguna luz sobre su establecimiento efectivo. Lo que a este respeto se avance o retroceda dependerá ya de un momento constitucional que no es el nuestro.

V. Configuraciones y desfiguraciones de la justicia

Sirvan estas líneas, a modo de conclusión, para reflexionar sobre la proyección del constitucionalismo de 1869. Destaca, por encima de todo, el posicionamiento constitucional a favor de los derechos y las libertades, más deslumbrante aún si se contrasta con el constitucionalismo que le precede, aunque pronto se advierte que la lógica que los inspira no es, sin embargo, única. En su formulación se encuentran las prescripciones más novedosas y garantistas conjugadas con las que permiten su deflación o vulneración; al tiempo que se afirma la individualidad soberana se fomenta la participación legal. Ley que regula, condiciona e incluso ignora, como es el caso más significativo de la de suspensión de garantías y orden público. No puede concluirse, sin más, la absoluta superioridad de los derechos. Es un doble juego éste, del constituyente, que impregnará por completo todo el período.

En materia de justicia, como se ha venido exponiendo, las configuraciones y desfiguraciones se suceden. Analizada la función judicial se concluye su reducción a ley: una ley que han de aplicar los jueces y tribunales en el ejercicio de sus funciones, sin atención directa a derechos o libertades, por la que han de velar, en el supuesto de que los reglamentos la contravengan, y que habrán de respetar para no incurrir en responsabilidad. Una sujeción a ley que alcanza, además, al ajusticiable en dos aspectos: por un lado necesita de ella para ver protegidos sus derechos y, por otro, lo salvaguarda frente a la indeterminación y la arbitrariedad en la administración de la justicia. Es la desfiguración de una justicia a la que le incumbe directamente los dere-

chos y la configuración o, mejor decir, la continuidad de aquella otra que sirve a ley y por ésta se articula.

La Constitución, respecto a esto último, traza las condiciones. Importa, y mucho, la atribución competencial, pero también que la magistratura, en uso de su potestad, se adorne con las condiciones necesarias para que sea libre, independiente y exclusiva. También aquí se constatan las desfiguraciones, propiciadas por la norma constitucional misma que admite las injerencias del Ejecutivo en cuestiones de ingreso e inamovilidad, aunque las limite al exigirle un respeto escrupuloso a lo dispuesto en ley orgánica de tribunales. La ley de 1870 se revela, pues, como la piedra angular para implantar el nuevo modelo de justicia.

Realiza las concreciones que reclama el texto de 1869 en todo lo que atañe a la participación del Ejecutivo en la justicia: articula su actuación, la circunscribe a través de un sistema causal e impone un procedimiento. El modelo, sin embargo, como podría esperarse dada la trayectoria de la justicia que llega hasta 1870, no se aplica a quienes ya formaban parte de la magistratura y no ingresan de nuevo. No puede ignorarse toda una realidad constituida por muy rompedor que parezca el Derecho constitucional.

Con todo, la experiencia constitucional ofrece un punto de arranque para el constitucionalismo que le sucede. No puede dudarse que hay un antes y un después de la Constitución de 1869.

Orientación bibliográfica

Nadie pone en duda la trascendencia que tiene el constitucionalismo de 1869 en materia de justicia. De esta época son algunas de la leyes que mayor repercusión han tenido en el ámbito de lo judicial. La Ley Orgánica de 1870 tal vez sea la más significativa, pero tampoco hay que olvidar las que regulan

la casación civil y criminal, también de ese año, o la de Enjuiciamiento Criminal de 1872. De ahí el interés historiográfico que este período despierta, aunque por lo general el análisis no inserta a la justicia en los nuevos planteamientos constitucionales que resaltan los derechos y las libertades. No se trata sólo de aprehender estructura o proceso (ALEJANDRE, 1981; SAINZ GUERRA, 1992; APARICIO, 1995; ALVAREZ CORA, 2002), sino de comprender que hay unas exigencias fundacionales en la Constitución misma (CLAVERO, 1988; CLAVERO, 1991; CLAVERO, 1997), y que tales han de ser contrastadas con la realidad constituida (SERVÁN, 2005). El constitucionalismo más aparente, el que destaca al individuo como eje del sistema y a la justicia como su principal garantía, debe ser tenido en cuenta para demostrar que hay una cara y una cruz en el entramado normativo; que derechos y justicia tienen su contrapunto en las disposiciones del Ejecutivo y en la defensa del orden público (CRUZ VILLALÓN, 1980).

CAPÍTULO 11

JUSTICIA EN ESPAÑA ENTRE HISTORIA Y CONSTITUCIÓN, HISTORIAS Y CONSTITUCIONES

Bartolomé Clavero
Universidad de Sevilla

JUSTICIA EN ESPAÑA ENTRE HISTORIA Y CONSTITUCIÓN, HISTORIAS Y CONSTITUCIONES

INTRODUCCIÓN

Si hubiera de ponerse una fecha a la fundación de la justicia de tiempo constitucional en España, habría de situarse en 1870, no en los inicios bonapartistas o gaditanos ni en otros periodos de la trayectoria histórica del constitucionalismo español. Tras aquella fecha, la de 1870, se han producido bastante cambios y algunos además de lo más transcendentales, particularmente desde 1978 por virtud de la Constitución vigente, pero todo ello ya se desenvuelve a partir de las bases sentadas hace ahora ciento treinta y seis años. Entonces se produjo el giro que conduce hasta hoy.

A las alturas de 1870 ya había transcurrido un amplio tramo de historia constitucional o, dicho mejor en plural, de historias

constitucionales. La española no representaba un continuo del que pueda hablarse en singular. Y además tenemos a dichas mismas alturas otras historias que interesan al asentamiento constitucional de la justicia en España, como fundamentalmente fuera el caso de la historia judicial de Francia y también de la transcurrida por los Estados Unidos de América. No les resultaban extrañas a España pues se había intentando conectar con ellas en momentos anteriores, con la francesa desde los años treinta y con la estadounidense entre 1868 y 1870, en esta mismas vísperas. Son historias que conviene tomar por tanto en cuenta.

Y está la historia española anterior a los años treinta de aquel siglo XIX tan movido o, mejor siempre, hay por ese tiempo anterior más historias en plural todavía. En primer lugar se encuentra toda la historia preconstitucional que tampoco hay que dar de entrada por extraña al constitucionalismo. Presentaba una fuerte impronta jurisdiccional, esto es de predominio del derecho sobre la política, que no sólo podía en teoría interesar al constitucionalismo, sino que además lo hizo para el planteamiento y durante un primer periodo de la Constitución de Cádiz. Se trataba de un derecho arraigado en doctrinas tradicionales con fuerte presencia de religión, pero que, por su misma prevalencia, presentaba formas de garantía judicial que podían servir al constitucionalismo. Despejemos definitivamente la ocurrencia de que, antes de las Constituciones, no hubo más que despotismo.

Como arranque paralelo y también fallido, Bayona representaba una primera recepción constitucional de historia francesa. Habiendo pasado por una revolución, se caracterizaba porque ya no mantenía conexión alguna con la composición jurisdiccional, la cual no había sido exclusiva de España ni mucho menos, sino de ámbito latamente europeo. En España, el cortocircuito se produjo durante los referidos años treinta de aquel siglo XIX, cuando se inicia una masiva importación de planteamientos jurídicos de Francia no sólo para la dimensión judicial. Nunca, ni antes ni ahora, la hubo del periodo revolucionario, sino del

napoleónico. Por todo esto, aunque alguna no haga acto de comparecencia en España, insisto en la pluralidad de las historias de referencia.

Lo propio ocurre con los Estados Unidos. Cuando en 1869, por la Constitución de dicho año, puede plantearse en España la importación de material estadounidense interesando al derecho o, mejor, a los derechos, y muy particularmente a la justicia, acaba de producirse por aquellas tierras americanas acontecimientos como el de la abolición de la esclavitud y las enmiendas constitucionales concatenadas de principio de igualdad y garantía judicial con alcance virtualmente general para la ciudadanía de sexo masculino. Su frustración no estaba todavía a la vista. Aunque se amagase continuidad, resultaba un constitucionalismo muy diverso al de las décadas anteriores en los propios Estados Unidos. También cabía seleccionar entonces en España, para lo bueno o para lo malo, entre historias plurales de un mismo término de referencia, el estadounidense sumado así al francés.

Entre las propias y las ajenas, las historias presentes en 1870, en el momento definitivo de establecimiento de una justicia de concepción constitucional en España, eran no sólo patentemente variadas, sino también potencialmente contradictorias. Se tenía en todo caso un buen patrimonio, tanto propio como ajeno, del que servirse. Las mismas opciones que entonces se efectuaron respecto a la constitución de la justicia cobran todo su sentido mediante la comparación y el contraste no con los requerimientos genéricos de un constitucionalismo abstracto, sino con las alternativas constitucionales determinadas que, propias o ajenas, se tenían ante la vista. Conviene traerlas de nuevo ahora ante nuestros ojos para comprender el momento. Aunque no sólo la filosofía del derecho, sino también la doctrina constitucional o en general jurídica, son muy dadas a lo contrario, manifiesto preferencia, como piedra de toque, por los constitucionalismos concretos frente al pensamiento constitucionalista en abstracto. Lo cual nos sitúa precisamente en la historia.

La propia se nos ha expuesto, la de unas vísperas constitucionales con el tracto del jurisdiccionalismo entrando en tiempo constitucional y la de éste mismo con sus más marcadas vicisitudes desde Bayoya y Cádiz hasta el año clave de 1870. No la olvidemos. Guardemos buena cuenta. Ahora toca, por completarse un panorama, una mirada a historias extrañas que también son propias a la postre aunque sólo fuera porque se tuvieran en España a la vista, así incluso por aquello que finalmente se rechazase. Unos planteamientos constitucionales, como los referentes a la justicia, se definen no sólo por lo que acogen, sino también por todo aquello que pudieran haber acogido y no lo hicieron. Es una regla que cobra importancia mayor a medida que avanza la historia constitucional, pues el menú de opciones se va incrementando. Procuremos sintetizar pues lo que importa es hacernos con el panorama ante la vista aquel año de gracia de 1870. No se trata aquí de hacer derecho comparado, sino historia más integral, en la cual la comparación necesariamente se comprende.

I. Escenarios Constitucionales

1. *¿La justicia como tercer poder en los Estados Unidos?*

La Constitución de los Estados Unidos, la federal que data de 1787, se articula conforme a la tripartición que se haría convencional de poderes, dedicándose su primer artículo, esto es título, al legislativo, el segundo al ejecutivo y el tercero al judicial. Además de postrera, esta parte dedicada a la justicia es la menos desarrollada. Arranca de esta guisa: "El poder judicial de los Estados-Unidos residirá en un tribunal supremo y en los inferiores que el congreso establezca. Los jueces, tanto del tribunal supremo como de los inferiores, conservarán sus cargos mientras los desempeñen con rectitud...". Utilizo traducción de época, la recogida en una *Colección de Constituciones* publicada en Madrid por *El Eco del Comercio* en 1836.

He ahí la justicia constituida como poder que se inviste en jueces prácticamente vitalicios y se sitúa en posición de apariencia dependiente respecto a otros poderes. Aparte la Corte Suprema o tribunal de tal rango, que se instituye por mandato constitucional, la misma existencia de los órganos judiciales queda pendiente de la determinación del Congreso, esto es, el poder que figura en primer lugar, el legislativo. En su respectivo título, ya se ha recogido entre sus competencias la de "crear juzgados inferiores al tribunal supremo". En el segundo, el dedicado al ejecutivo, se ha dispuesto que el Presidente "podrá con consejo y consentimiento del senado... nombrar jueces del tribunal supremo y demás empleados de los Estados-Unidos cuyos nombramientos no esté determinado... de otro modo". El Senado es una de las dos cámaras que componen el Congreso, la que representa a los Estados que forman la federación. Retengamos este detalle de que el sistema era bicameral pues va a interesar íntimamente a la justicia.

¿*Empleados* del Estado, tales entre muchos otros, resultan entonces los jueces, inclusive los de la Corte Suprema? ¿Y hasta la existencia de otros órganos de justicia, ya no digamos en consecuencia su régimen, depende de ley ordinaria del Congreso? ¿El mismo nombramiento de los jueces queda en manos de propuestas del ejecutivo con el aval de una cámara del mismo poder legislativo? ¿Tan dependiente de otros poderes puede ser una justicia conforme a Constitución? ¿Cuáles pudieran ser entonces los méritos en virtud de los que se calificara con la misma denominación como poder aunque fuera tercero en posición? Si de entrada no se arroja una imagen de completa dependencia es por el detalle de la independencia funcional que pudiera depararle su carácter vitalicio o así inamovible. Algo más se añade en esta línea a continuación del arranque citado del título judicial: "... y recibirán un sueldo por sus servicios que no podrá disminuirse en tanto que continúen en el egercicio de sus funciones". Porque dependieran constitutivamente de otros poderes, no quedaban los jueces en posición de dependencia

para el desempeño de su función. Cuál fuera ésta no es cosa que se hubiera especificado en 1787 por aquella Constitución.

La imagen de una justicia creada por ley y dependiente en su composición prácticamente del ejecutivo puede resultarnos familiar en España por su parecido, si no desde luego con la actual, con aquella que se constituyera por 1870, por aquellos orígenes, y que todavía, pese a la Constitución de 1978, puede que colee. Advirtamos sin embargo inmediatamente que es una imagen completamente engañosa por lo que respecta a aquel constitucionalismo estadounidense. Podía ofrecerse, pero no hacía justicia. La Constitución de 1787 era originalmente de segundo grado hasta un punto que afectaba neurálgicamente a la posición y función del poder judicial en el propio sistema. El federalismo iba en serio. Las Constituciones de los Estados primaban. Si los compiladores constitucionales españoles de 1836 hubieran tenido la diligencia de recoger y traducir la Constitución, por ejemplo, de Massachusetts, que databa de 1780 y también seguía, como sigue hoy, en vigor, se hubiera ofrecido una imagen de la justicia bastante más matizada, por no decir que completamente diversa. Interesa aquí ésta otra no porque sea la más genuina, sino por la razón de que será la que se tiene en España ante la vista entre 1868 y 1870.

La Constitución de Massachusetts ya se articulaba mediante el índice de poderes en el orden dicho, con la justicia en posición postrera entre ellos, pero haciendo preceder una declaración de derechos que la contemplaba y que incluso, por concretar su función constitucional, llegaba a producir el efecto de anteponerla, aun no como poder, sino como garantía frente a poderes. Tener derecho se equipara a la legitimación procesal, a la capacidad de acceder, en defensa del mismo, a la justicia. Y ésta se identifica ante todo con la institución del jurado, "una de las mayores garantías de la vida, la libertad y la propiedad del ciudadano". Las mismas formas procesales de juicio público y contradictorio aparecen como derechos constitucionales. La propia declaración tampoco deja de especificar que, para la

misma función de garantía, se necesitan, además de los jurados, jueces de investidura vitalicia y sueldo congruo. Con estas cautelas y en tal contexto, su nombramiento queda en manos de los otros poderes, del ejecutivo con consejo y consentimiento del legislativo. La atención prestada a la justicia en su propio título, el postrero del poder judicial, resulta también muy inferior a la que se ha dedicado a los otros poderes, pero esto queda ahora notablemente compensado e incluso sobreseído por su comparecencia y juego en la declaración de derechos, por cuanto en la misma no sólo se registra, sino también se da por supuesto.

La justicia es la función que recibía menor atención en aquellas Constituciones porque se hallaba en buena parte preconstituida de una forma que las mismas estimaban satisfactoria. Ya existía en particular el jurado con competencia que no se reducía a la apreciación de hechos en materia penal, pues se extendía a la de derechos sin circunscribírsele a alguna rama del ordenamiento, desempeñando así la función constitucional básica de garantía. El mismo sistema judicial era, como entonces podía decirse, bicameral, siendo el jurado la cámara principal por decisiva. Salvo el caso entonces excepcional de las Cortes Supremas, las de los Estados y la federal, la segunda cámara, la estrictamente judicial, podía ser unipersonal porque la colegialidad como salvaguardia frente a la arbitrariedad estaba garantizada por el jurado. El juez dirigía el procedimiento garantizando a su vez las formas, aquellas formas que eran derechos constitucionales. El mismo efecto referido de la anteposición del poder judicial podía traducirse en una competencia sobre la ley en consideración de derechos en manos de la cámara del jurado antes que de la judicial. Antes que *judicial review* de dichas Cortes o tribunales, había entonces *jury review*, una posibilidad más dispersa y efectiva de revisión de actuaciones concretas, para el caso en juicio, de legislativo y de ejecutivo, de determinaciones específicas de ley y actos determinados de gobierno, por parte de la justicia. Podía de este modo por sí misma sentar precedente que estableciese derecho.

Hasta ese punto se situaba en efecto como garantía, ante el caso concreto a instancia de parte, por delante de los otros poderes, aunque luego, como poder, se le asignara la posición postrera por parte de los índices de los textos constitucionales. Podía hacerlo aun con jueces de nombramiento político, dependientes en su selección de ejecutivo y legislativo, porque tanto la participación como la confianza ciudadanas en la justicia dependían del jurado, y de un jurado con competencia sobre el derecho, y no de investidura ninguna de poder. Repitamos que la justicia representaba, ante que poder entre poderes, garantía de derechos frente a los poderes todos, inclusive ella misma.

Existía otro factor incidiendo en el efecto de la anteposición constitucional de la justicia. Era el propio federalismo. Como los poderes se multiplicaban por dividirse no sólo horizontalmente, sino también en forma vertical entre los Estados y la Federación, la necesidad de un arbitraje de conflictos tendía a apoderar a la justicia más que a legislativo ni ejecutivo alguno. Lo digo en términos comparativos porque así en principio funcionaba. No se formalizaba por Constitución alguna, ni entre las estatales ni por la federal, exclusiva judicial ninguna en lo que respecta a la resolución de conflictos entre poderes o entre los Estados y la Federación. En todo caso, con todo ello, el poder judicial no se recluía en absoluto en posición postrera tras legislativo y ejecutivo, detrás de la ley y del gobierno o la administración.

2. *¿La justicia como instancia ciudadana en Francia?*

El punto de partida de la historia constitucional francesa depara una sorpresa mayúscula. La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 registra como principio constituyente el de la separación de poderes, pero sólo identifica dos, el legislativo y el ejecutivo. Son los que existían. Con el arranque de una revolución, ante la misma falta de legitimidad del poder constituyente en ejercicio conforme al derecho dado, la

justicia establecida había sido enviada de vacaciones para que no volviera nunca jamás. Y no se sabía cuál otra se quería. Son circunstancias que no sólo la relegan, sino que van a hacerla también depender enteramente de la determinación de dicho mismo poder. Ahora vendrá realmente en tercer lugar tras la ley y el gobierno.

Urgiendo su constitución, la justicia no se establece por Constitución, sino antes de que la misma advenga en 1791. Toda ella y todo cuanto respecta a ella, todo cuanto interesa a su constitución y a su función, a su composición y a su competencia, como se determina es por ley ordinaria en 1790. La justicia entera, lo que haya de ser y lo que pueda y deba hacer, va a resultar criatura suya, producto del poder legislativo. Conviene subrayar este extremo pues marca una radical diferencia de partida con el precedente de referencia, no otro que el estadounidense. Allí, en los Estados Unidos, tal fenómeno de la creación legislativa de la justicia no es sólo que no se produjera, sino incluso que resultaba inconcebible. Ni la Constitución constituía a la justicia en sus aspectos decisivos. En parte esencial revalidaba instituciones y prácticas existentes. Por esto mismo podía haber escapado de su posición postrera para colocarse incluso en la primera. Son posibilidades canceladas de entrada para el caso francés.

Que la justicia fuera en Francia criatura de la ley, no significaba que se constituyera como hechura suya. Se constituye de nueva planta una justicia directamente ciudadana, mediante elecciones periódicas sin requerimientos profesionales, de tribunales colegiados sin jerarquía entre ellos, con posibilidades de revisión entre órganos del mismo rango por reglas de vecindad. Uno de supervisión se concibe como comisión parlamentaria con capacidad de casación y obligación de devolución a los tribunales de carácter directamente ciudadano. De haber dudas sobre la ley, habían de remitirse al legislativo. Porque toda la justicia resulte así como una especie de gran jurado ciudadano, no deja de acogerse la institución del jurado. Ya no es clave

constitucional, sino garantía adicional en el juicio penal para la apreciación de los hechos. Se redobla para el caso la presencia de una ciudadanía actuando de forma distinta y directa a los efectos de la constitución y el funcionamiento de la justicia.

A los tribunales se les encomienda la aplicación de la ley conforme a procedimientos establecidos por la ley misma. La ley determina el canon de la casación. Para materia penal se hace la previsión de un código que marque más estrechamente la actuación de la justicia. Con toda su entidad ciudadana, no hay cabida para enjuiciamiento de ley. No cabe *review*, ni de tribunal ni, mucho menos, de jurado. Se va aún más allá. Se dispone ahora, por la legislación judicial de 1790, que la separación de poderes requiere que la justicia no cuente con competencia ninguna de cara no sólo a legislativo, sino tampoco a ejecutivo. Su función se circunscribe a la resolución de asuntos entre particulares o, por razón de delito, entre particular y parte pública, la sociedad si quiere decirse. No hay previsión de justicia sobre ley ni sobre norma o acto de gobierno o de administración. La misma ley existe para asuntos penales, civiles y similares que interesan a particulares, no para lo que a éstos mismos les importe, por lesión o por inhibición sufridas, de cara a los poderes.

Todo lo dicho no implica que la justicia quede reducida a función de ley y así la ciudadanía sujeta a sus previsiones. La misma legislación judicial de 1790 contempla y hasta fomenta mecanismos de sustracción a ley conformándolos además como derechos estrictamente constitucionales, derechos de los que la ciudadanía no puede ser privada por poder alguno, el legislativo inclusive. Se trata del arbitraje opcional y de la conciliación obligatoria en materia no penal. El árbitro puede ser simple ciudadano y el conciliador ha de ser autoridad municipal de elección ciudadana. Va todo en masculino porque no había previsión ninguna de participación de la mujer.

Tanto el arbitraje como la conciliación eran alternativas tomadas en serio. Ambas formas de justicia, así como sus

determinaciones, cuentan con el mismo respaldo del Estado que las actuaciones de los tribunales. Ninguna de ellas, ni la conciliación ni el arbitraje, han de consistir en la aplicación de ley, aunque pudieran recurrir siempre a ella. Constituyen medios constitucionales de elusión o sustracción de la justicia habilitada como función de ley, derechos tales a la gestión de la confianza ciudadana por la ciudadanía misma entre las previsiones de la ley y otras determinaciones de instancias igualmente ciudadanas. No era en principio un mero recurso transitorio por la circunstancia de que, a los inicios de una revolución, no hubiera todavía las leyes necesarias, comenzándose por un código penal, para el funcionamiento de unos tribunales de justicia reducidos a función de ley. Esta alternativa, la de ley, tampoco la tomemos en sentido peyorativo. No se entendía como tal cualquier derecho dado, sino el establecido mediante elecciones periódicas por asamblea representativa. Todas las alternativas eran ciudadanas.

Que se iba en serio con todo ello lo acredita también la Constitución de 1791, la primera de aquella revolución. En lo que importa a la justicia, con la misma se intenta ante todo superar su dependencia constitutiva de ley ordinaria. Mediante la síntesis oportuna, lo legislado en 1790, todo ello prácticamente, se constitucionaliza en 1791. Se hace con algún matiz relevante. La justicia se constituye como un poder electivo pero no por ello representativo, al contrario esto que la monarquía, la que a su vez se define como no electiva y, aún con ello, representativa. Representativo es ante todo, mediante elecciones, el poder legislativo, cuyo acuerdo es necesario para el establecimiento de ley. Negar representación a la justicia es forma de acentuar que su función debe reducirse al caso particular entre particulares sin capacidad ninguna, ni por precedente ni de otro modo, de determinar o modular ordenamiento general. Como no representativa, sigue privada de competencia de cara a los poderes representativos, el legislativo y el ejecutivo. Es principio que también se constitucionaliza. La previsión de código se genera-

liza, pero también se registran como derechos constitucionales los de sustracción y elusión de justicia reducida a función de ley. Con todo ello, se mantenía la fuerte impronta ciudadana, pero también la imposibilidad de legitimación de la ciudadanía para instar o conducir enjuiciamiento de legislativo o de ejecutivo. Para la Constitución estricta, esta dimensión de justicia frente a poderes sencillamente no cabía.

3. *¿La justicia como función de ley en Europa?*

El legado judicial de la revolución francesa, como toda su obra constitucional, sufre la criba del tamiz napoleónico hasta el extremo de desnaturalizarse. No hay nueva planta de la justicia. Desenvolvimientos prácticos y reformas normativas a partir de la constitución judicial de 1790 van a desembocar, ya a la entrada del siglo XIX, en un sistema judicial bien distinto al inicialmente programado que es además el que se convertirá en un modelo constitucional de justicia con verdadera capacidad expansiva por Europa continental y más allá. Es el que en España se recibirá desde los años treinta de dicho siglo, se someterá a seria revisión en 1869, volviéndose entonces la mirada hacia los Estados Unidos, y se retomará, modulará e implantará finalmente en 1870.

Bastó para desnaturalizar el sistema ciudadano de justicia que la celebración de elecciones judiciales se enrareciera hasta llegar a abandonarse. Las investiduras se prorrogaban. Se fue desarrollando una práctica de cooptación. Los jueces recurrían a la selección de auxiliares que en su momento pasaban a ocupar vacantes. En el lugar de la confianza ciudadana, la pericia mediante experiencia fue convirtiéndose en el mérito para el acceso a la función judicial. En vez del cuerpo mismo de la ciudadanía, un cuerpo auxiliar de letrados, de gente así experta, se convirtió en la cantera de la justicia. Sus bases cambiaban sin necesidad de norma constitucional o legislativa que lo formalizase. Las mismas disposiciones nuevas en materia judicial se planteaban sobre los supuestos de dichos cambios más que a partir del ordenamiento establecido.

A ello se suma la profesionalización por vía universitaria. Las universidades, lo mismo que los tribunales, habían desaparecido con la revolución. Las unas como las otras eran baluartes de la cultura jurisdiccional que, haciendo prevalecer el derecho tradicional, comprometía, si no impedía, el propio éxito de la revolución. A principios del siglo XIX, la universidad no se restablece, sino que se inventa. Será otra cosa radicalmente diversa. La falta deliberada, por presunción de legitimidad, de inventiva en los nombres, cuando se derrocha para todo el resto, es uno de los detalles que más despistan en la historia. Entre la universidad napoleónica y la tradicional no hay nada en común. A lo que va a importar a la justicia, la facultad de derecho ahora será institución del Estado para enseñanza de su ley; cuando lleguen, de sus códigos. No hay en principio lugar ni siquiera para doctrina de esta base legal por el riesgo de que fuera el caballo de Troya del jurisdiccionalismo que acabase situándose por encima de la ley misma. Así es como va entonces a formarse el personal del derecho y, por tanto, de la justicia. Sin esperar al requerimiento normativo, la pericia de los letrados para el acceso a la función judicial dejaría pronto de venir por la vía exclusiva de la experiencia, o también solapadamente de la formación jurídica prerrevolucionaria. La cualificación será la universitaria. Universitario, formado en ley del Estado, sería la figura del experto en derecho, la del letrado como la del juez. La condición ciudadana como título primordial desaparece del mapa.

Lo hace cuando precisamente se ratifica que la función de la justicia se reduce a una operación en teoría tan asequible como la aplicación de ley que a su vez se contrae a código simple, sistemático y completo. La codificación del derecho viene a redondear la cancelación de la justicia ciudadana. Nunca se insistirá lo suficiente en que los códigos no vinieron como complemento o, aún menos, cumplimentación de algún constitucionalismo,

sino como elemento problemático a su respecto, fuera el revolucionario u otro. Una justicia reducida a la aplicación de ley ha aparecido en esta historia con todos los matices y todas las alternativas que hemos visto en el momento revolucionario, con todo aquello que precisamente le prestaba su carácter exquisitamente constitucional. Ahora, de una parte, la ley no va a tener como requisito el procedimiento representativo por vía electoral y parlamentaria; de otra, los derechos constitucionales no van a sentar las premisas ni perfilar el contexto de la ley misma. El Código civil comienza sentando estos nuevos principios.

Establece el Código civil, de una parte, que para la validez de la ley basta su promulgación y, de otra, que los derechos son las resultas de las leyes y no al contrario. Que entre uno y otro nuevo principio se especifique que la función de la justicia consiste y ha de ceñirse en exclusiva a la aplicación de ley resulta ahora de lo más lógico por supuesto. Lo sorprendente sería otra cosa. Son reglas todas éstas contenidas en los primeros artículos del Código civil. No modulan principios introducidos en 1790, sino que los desnaturalizan. Derecho, ley y justicia ahora se identifican hasta la fusión. No hay derecho fuera de la ley. No hay justicia sino por la ley. No hay derechos por encima ni al margen de las leyes. Y ley es lo que promulgue como tal el Estado. No hay derechos por encima ni al margen del Estado. La misma justicia es la que suministra el Estado. No hay alternativas ciudadanas. La justicia misma de Estado ya no presenta definitivamente este carácter.

La codificación interesa a la justicia todavía en mayor medida. Representa la culminación de la delimitación del campo de la justicia con la exclusión del enjuiciamiento de los poderes. Sólo cubre materia civil, mercantil, penal y procesal. Luego se dirá que la codificación se pretendió completa y fue incompleta. No se ocupa de derecho más estrictamente público, como el que se dirá administrativo por ejemplo. Pudo sin embargo entenderse redonda porque cubría todo lo que la justicia alcanzaba. A ella se dirigía más ahora que a la ciudadanía o que a

ambas a un tiempo. Los códigos eran los manuales para los jueces, como habían de serlo para la universidad. Llegan donde la justicia llega. Dicho de otro modo, la codificación napoleónica corrobora su incapacitación para juzgar a poderes. No hay código administrativo porque no cabía justicia administrativa o al menos no se le admitía en manos de los jueces.

Hubo de inventarse. Se hizo durante el propio periodo napoleónico en manos de la administración misma, juez y parte. No se estableció por atenderse reclamaciones ciudadanas, sino por controlarse el ejercicio del poder. El ejecutivo se desdobló en una línea de órganos unipersonales como correa de transmisión de decisiones superiores y otra de organismos colegiados, culminando en un llamado Consejo de Estado, de carácter deliberativo para la resolución de contenciosos frente a desviaciones. Las reclamaciones ciudadanas constituían la instancia para la depuración de la cadena de transmisión y ejecución de las decisiones en último término del gobierno conforme al canon sentado por su propia política. Como efecto lateral, las lesiones a particulares podían repararse. Era el interés con el que se contaba para la activación del sistema.

Por el principio de la separación de poderes, igual que se incapacitaba a la justicia propiamente dicha de cara al ejecutivo, se entendía inhabilitado al legislativo para regular la acción del gobierno y la práctica de la administración. No había legislación administrativa. No correspondía que existiese un código tal. Las decisiones últimas del llamado Consejo de Estado como especie de tribunal supremo en su materia comenzaron a conformar un derecho administrativo guiando al ejecutivo. El nombre de tal organismo también resulta engañoso. Era consejo del gobierno, situado en ámbito y dependiendo del mismo. Consejo de Estado dentro de un sistema constitucional no cabe en rigor otro que el legislativo de base electoral y carácter representativo, precisamente lo que así quedaba al margen. Si hablamos en términos mínimamente rigurosos, habríamos de resaltar que, para los poderes tanto legislativo como ejecutivo, no había en definitiva

derecho. Fuera de código como quedaban, no había justicia, sino poder, el propio o respectivo, lo que tampoco es que ocultasen. Es el judicial el que en aquel contexto, no es ya que se situase en tercer lugar entre los poderes, sino que dejó incluso de considerarse como poder. En este ámbito de los apoderamientos, no sólo juez y parte, sino también legislador, resulta el Consejo de Estado, en realidad de gobierno.

Lo propio ocurre en el ámbito de la justicia con lo que en origen era una comisión parlamentaria para la supervisión y profilaxis de la acción judicial en consideración de ley. El órgano cobra entidad propia a medida que el legislativo va perdiendo perfil y que la justicia avanza en la línea de la profesionalización. Son procesos que se potencian entre sí. La codificación representa una verdadera culminación al reducir el derecho a ley en lo que compete a la justicia. El órgano profiláctico se convierte, cual instancia de casación, en tribunal supremo independizándose del legislativo y jerarquizándose la justicia. Codificado el derecho que le interesa, ya no se necesita evacuarse dudas y referirse decisiones de tal organismo superior ante el legislativo. Con la ley en la mano, decide por sí mismo. Aun manteniéndose la devolución, funda sus decisiones en legislación o en su opinión sobre ella. Dicho de otro modo, motiva. Interpreta. Sienta doctrina de ley y sobre ley, pues puede superponerse a la misma y así obligar a los tribunales ya definitivamente interiores. El régimen de recursos entre órganos judiciales de igual rango se hace superfluo. La ley ya es más que ley. Es también determinación de una Corte de Casación o Tribunal Supremo, el nuevo poder judicial, uno así ya concentrado como el resto de los poderes, aunque como tal no se reconociera.

Arbitraje y conciliación permanecen, pero dejan de ser piezas constitucionales en la administración ciudadana de la propia confianza en el campo de la justicia. No es sólo que dejen de reconocerse como derechos de ese carácter constitucional y así por encima de ley o de disposición de poder alguno; es que desaparece por completo el panorama de justicia ciudadana

donde pudieran concebirse y practicarse como tales mecanismos constitucionales. El jurado puede también permanecer con la reducción drástica tanto de campo como de competencia sin la justificación ahora, para limitación tamaña, de una justicia toda ella ciudadana. Justicia ya es la de Estado en todos sus términos, mediante todos sus resortes y con todas sus consecuencias. La justicia es función del Estado en su sentido más íntegral.

He ahí el modelo de justicia que va a extenderse notablemente fuera de Francia. Modelo lo es de origen muy relativamente, pues no fue producto de fundación alguna que pudiera ofrecer justificación. Resultó de una remodelación profunda, en parte además no programada, de un sistema de justicia radicalmente diverso. Éste, el abandonado, y no aquel, el arraigado, se motivó en términos constitucionales. Tampoco puede decirse que el modelo se recibiese tal cual fuera de Francia. En ningún otro caso europeo se dio una revolución tan cancelatoria de cultura y práctica jurisdiccionales con tan radical sustitución de organismos de enseñanza y de justicia. Por otras latitudes, el jurisdiccionalismo debido a religión y derecho tradicionales pudo prolongar su vida incluso durante algún tiempo junto al constitucionalismo, lo cual interesaba neurálgicamente a la posición de la justicia. Su sumisión a ley no suele darse fuera de Francia en el mismo grado extremo del modelo.

En Francia, hasta hoy, nunca se ha hecho el intento de recuperarse el constitucionalismo de derechos frente al de poderes o, si prefiere decirse así, de justicia ante ley y gobierno. La propia vigencia actual de una declaración de derechos que, como la de 1789, comienza por desconocer la función constitucional de la justicia es un síntoma elocuente. En otros casos, la misma subsistencia relativa del jurisdiccionalismo pudiera no se un obstáculo, sino incluso un incentivo, para el planteamiento de un constitucionalismo de derechos que situase la justicia por delante de ley y de gobierno o, si prefiere decirse de otro modo, las libertades constitucionales por encima de las determinaciones

de los poderes tales. Las formas del jurisdiccionalismo pudieran pasar de traer causa de religión y doctrina tradicionales a hacerlo respecto a derechos de libertad.

II. España: Justicia entre Constitución, Leyes e Historias

Es el caso de España. O lo había ya sido. El intento de un jurisdiccionalismo de derechos se había intentado por la Constitución de Cádiz de una forma peculiar, consistente en el mantenimiento reconocido de una religión, la católica, como referencia de valor constituyente de la comunidad política. La esperanza de la Constitución, registrada en su propio texto, se cifraba en la confluencia de Iglesia y Estado, religión y derecho, en el terreno constitucional de la justicia de derechos. El intento se frustró. No intentará recuperarse cuando en 1868 vuelva a hacerse uno nuevo en España para establecimiento de un constitucionalismo de derechos. No se hará con buenas razones. A estas alturas del siglo XIX, la iglesia católica había formalizado la más absoluta de las rupturas con la cultura constitucional de derechos de libertad. El testimonio más contundente era cercano. En 1864, el entonces famoso *Syllabus* (por título más expresivo el completo, *Syllabus Complectens Praecipuos Nostrae Aetatis Errores*, "Índice Cumplido de los Errores Característicos de Nuestros Tiempos") se dirigía esencialmente contra el *liberalismus*, el necesario neologismo en latín por constitucionalismo de libertades. Los obispos católicos españoles condenaron frontalmente en documento colectivo el experimento constitucional de 1868-1870.

Que la mirada constituyente hacia donde se volviera entonces, por consideración de derechos, fuera a los Estados Unidos incluso por encima de la historia propia guarda su lógica, más aún si seguimos recordando que Francia no ofrecía nada, absolutamente nada, al propósito y que el caso estadounidense pudiera hacerlo. El modelo francés de impronta napoleónica era

el de referencia en España desde los años treinta de aquel siglo XIX. Si todo lo que hemos dicho sobre el mismo nos suena, con toda la distancia no sólo cronológica de por medio, como cosa familiar todavía, es por aquello de que presidió el establecimiento judicial a lo largo de aquel siglo, salvo por la excepción, que resultaría un paréntesis, de 1868-1870.

En los Estados Unidos nos encontramos por entonces durante años de recuperación de una imagen de constitucionalismo de derechos tras la abolición de la esclavitud por lo que ello mismo representaba y por las posibilidades que abría. Durante la primera mitad de aquellos años sesenta, unas enmiendas constitucionales no sólo se habían ocupado de la abolición, sino también extendido a afirmar un principio de igualdad en derechos tanto políticos como civiles sin acepción de color entre ciudadanos, inclusive por supuesto quienes habían sido hasta entonces esclavos (todo esto en masculino pues la mujer sigue excluida de la ciudadanía tanto en América como en Europa).

Las mismas enmiendas apoderaban al Congreso federal para conducir y asegurar mediante ley la susodicha política constitucional o, si se prefiere, reconstituyente, pero el efecto mismo de apoderamiento sería otro. Tras unos primeros intentos fallidos, el Congreso se inhibirá durante prácticamente un siglo, hasta los años sesenta del siglo XX, con la consecuencia de generarse una suplencia judicial. La capacidad ahora federal, así concentrada, de garantía de derechos de libertad acaba recayendo, por la defección del Congreso, en manos de la Corte Suprema, una corte judicial sin jurado, la cual se despachará también durante un siglo ignorando la primacía expresa de la libertad personal como valor constitucional tras la abolición de la esclavitud para pasar a privilegiar el derecho de propiedad privada. Se haría valer no sólo frente a quienes habían sufrido servidumbre, bloqueando definitivamente cualquier posibilidad de reparación por el tráfico y la expropiación, sino incluso en general respecto al mercado de trabajo, dificultándose sumamente el desarrollo de un derecho laboral en su dimensión tanto individual como

colectiva. Ahora es cuando se impuso la práctica del *judicial review* en los Estados Unidos, esto es, la ubicación de justicia de tribunal, no de jurado, por encima de ley.

Recuerdo estos extremos para que nos situemos y porque la historia de manual que suele contarse anda más idealizada. Situarnos, debemos hacerlo en la España de 1868, cuando se afronta de nuevo el reto constituyente de un constitucionalismo de derechos antes que de poderes o, dicho de otra forma, de poderes reducidos, el de justicia ante todo, a función de libertades. Ya sabemos por qué no se mira a historia propia y también por qué la mirada se aparta de Francia. Hay buenas razones en efecto para volverse hacia los Estados Unidos. En 1868 todavía no se ha producido aquella sustitución de la libertad personal por la propiedad privada a través de la vía judicial en el constitucionalismo estadounidense de la postemancipación. La imagen que ofrecía era la del compromiso con los derechos de libertad que podía traer a la justicia a un primer término sin suplantar la función de otros poderes igualmente debidos a libertades. Ni en historia propia ni en la ajena, había por entonces guía mejor. Que la Constitución española de 1869 viniera encabezada por una declaración de derechos con alguna expresión procedente, en traducción casi literal, de alguna enmienda constitucional estadounidense, resulta de lo menos veleidoso y de lo más significativo.

Léase y reléase dicha declaración prestándosele atención a la comparecencia de la justicia pues no hay desperdicio. Como en las Constituciones de Estados de los Estados Unidos y también como en enmiendas constitucionales federales, ahí se encuentra constitucionalizado todo un derecho procesal. Las garantías procesales son derechos constitucionales. No cabrá procedimiento, ni prejudicial ni judicial, que no venga presidido por un canon garantista de libertades. Con ello, la justicia comparece pudiendo desempeñar su función en relación directa a Constitución sin necesidad de mediación de ley ni sujeción por ende obligada a ella. Con los derechos tomados tan en serio, la

misma declaración de derechos ya es por sí norma orgánica particularmente en lo que compete a la justicia. No sienta meros principios que la sección dedicada a los poderes venga luego a articular. Los poderes mismos ya quedan ubicados por la declaración de derechos con primacía de la justicia en su función de garantía.

A continuación de los derechos la Constitución presenta los poderes en el orden convencional con la justicia en tercer lugar y definida además de forma realmente sumaria: "Los Tribunales ejercen el Poder Judicial". Algo dice: que se sitúa como poder entre los poderes y que ha de constituirse, para ejercerlo, en órganos colegiados, los tribunales. Llegándose, tras legislativo y ejecutivo, a su título, se concreta algo más la definición: "A los Tribunales corresponde exclusivamente la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales". ¿Sólo esto? ¿Tan sólo aplicar la ley y en casos de particulares, no frente a poderes? De entrada, depende de lo que se entienda por "exclusivamente", pues puede decir tanto que sólo a ellos, a los tribunales, corresponde el ejercicio de la justicia o que los mismos es lo único que pueden hacer. Otras disposiciones de la Constitución apuntan hacia la primera posibilidad. En la declaración de derechos se ha dado entrada, para su garantía directa, a la justicia. En otro momento se le confiere competencia frente a poder ejecutivo de alcance normativo o potestad reglamentaria: "Los Tribunales no aplicarán los reglamentos generales, provinciales y locales sino en cuanto estén conforme a las leyes". Hay algo más en sede precisamente de derechos en consideración de la ciudadanía frente a poderes: "No será necesaria la previa autorización para procesar ante los Tribunales ordinarios a los funcionarios públicos...", lo que vale al menos frente al ejecutivo: "Los Senadores y Diputados no podrán ser procesados ni detenidos cuando estén abiertas las Cortes sin permiso del respectivo Cuerpo colegislador...". Como garantía que se entiende del propio ejercicio de la representación ciudadana, el legislativo es excepción.

¿Puede la justicia garantizar libertades frente a ley? Entre declaración de derechos y posición de poderes la cuestión queda incierta. Y hay signos de que no se toma en cuenta la posibilidad. La responsabilidad judicial se define por referencia a ley: "Los jueces son responsables personalmente de toda infracción de ley que cometan, según lo que determine la ley de responsabilidad judicial". Se dispone codificación en sede precisamente judicial con lo que esto realmente importa a la justicia: "Unos mismos códigos regirán en toda la Monarquía...". El control judicial referido de reglamentos administrativos es patentemente de legalidad, no de constitucionalidad. Y la justicia que contempla la Constitución, una profesional, es la menos apropiada para el enjuiciamiento de determinaciones de un poder representativo de base electoral como, según ella misma, haya de serlo el legislativo. La propia posición de éste otro se refuerza por el registro del sufragio general masculino en sede de derechos constitucionales. No hay justicia ciudadana que pueda servir de contrapeso.

En el título de los poderes se registra uno novedad que pudiera interesar a la justicia, aunque la posibilidad se cancele de inmediato. Tras legislativo, ejecutivo y judicial, aparece una especie de cuarto poder identificado con las administraciones representativas, la local y la provincial: "La gestión de los intereses populares de los pueblos y de las provincias corresponde respectivamente a los Ayuntamientos y Diputaciones provinciales, con arreglo a las leyes". Si este registro hubiera supuesto reconocimiento de autonomía normativa de dichas administraciones, podría haberse producido un efecto que hemos visto en los Estados Unidos y para el cual no hace falta que se llegue al federalismo. Se habría hecho necesaria alguna habilitación de justicia por encima de ley para la resolución de conflictos. Pero la ley, su arreglo, ya se ve que marca el canon. Consiguientemente, los reglamentos locales y provinciales se someten, como hemos visto, a control de legalidad, no de constitucionalidad, por parte de la justicia, la cual así se capacita frente a autonomía

territorial más que a su favor. Favor para la Constitución no hay otro que el de ley.

En el título de la justicia, la que comparece es la profesional. Se configura bajo principio de independencia que pasa por la competencia del Consejo de Estado para ascenso y remoción con ingreso regularmente mediante oposición, todo lo cual sitúa en la órbita del poder ejecutivo. Con consentimiento de un Consejo de Estado que lo es del gobierno y bajo la suscripción de la Monarquía, el Ministerio de Justicia rige de hecho a la justicia. La Constitución permite el nombramiento directo por el mismo, "con audiencia del Consejo de Estado", de hasta la cuarta parte de los magistrados de los tribunales superiores, esto es el Supremo y las Audiencias. La referencia a la justicia no sólo es a "magistrados" que forman tribunales, sino también a "jueces", pero ya hemos apreciado que la Constitución no parece contemplar órganos unipersonales ejerciendo poder judicial. Por su parte, el jurado se entiende necesario tan sólo en materia penal de alcance político con posibilidad de ampliación de competencia a discreción de la ley prevista en todo caso para el mismo campo criminal de forma que resulta excluyente de cualquier otro.

La cuestión de la posición y la función constitucionales de la justicia no queda saldada, sino bien abierta. En las mismas Cortes constituyentes hubo quien entendía que la justicia quedaba supeditada a ley, confiando en el poder legislativo, sufragio mediante, para la obligada renovación del ordenamiento en consideración de libertades, así como había quien pensaba que, por virtud de la declaración de derechos, la justicia quedaba habilitada para el cometido de amparo al margen e incluso frente a las mismas leyes, ya no digamos de cara al ejercicio de otros poderes, el judicial mismo inclusive. El conjunto de las previsiones contenidas en el texto constitucional abonaba más bien la primera posición, pero cualquier conclusión distaba de ser terminante. ¿El mero registro de la codificación ya prefiguraba una justicia en función de ley? Había un caso bien presente por cer-

canía en espacio y tiempo, el del Código civil de Portugal de 1867, que se distanciaba del modelo napoleónico por reconocimiento precisamente de derechos. Y una ley orgánica de la justicia podía venir a este terreno extrayendo las debidas consecuencias de la declaración constitucional de derechos de modo que el adverbio "exclusivamente" para la aplicación judicial de ley en materia civil y criminal no descartase, como en la misma Constitución ya ocurre, otros cometidos de la justicia.

El poder judicial es de nuevo el que recibe menor atención por parte de la Constitución, esta vez por remisión a ley, "la ley orgánica de Tribunales". Viene en 1870 y no precisamente en la dirección que acaba de apuntarse. La ley reitera de entrada el principio constitucional de atribuir "la potestad de aplicar las leyes... exclusivamente a los Jueces y Tribunales", no sólo a los segundos, pero no dejando ahora lugar alguno a la ambigüedad: "Los Jueces y Tribunales no ejercerán más funciones que... las que esta ley u otras les señalen expresamente". Ya así se les atribuye tal cometido y no otro. Habrán de actuar y resolver la justicia conforme a leyes, no de acuerdo con derechos y para su garantía. Ahora la alternativa ni se plantea. En esta norma orgánica se da sencillamente por supuesto que es función de la ley conformarse con los derechos, así como de la justicia conformarse con la ley. La posibilidad de enjuiciamiento de la ley vuelve a quedar completamente fuera del panorama. Dicho de otra forma, se reabre el horizonte francés cancelándose el estadounidense, aunque el mismo permaneciera a la vista de la Constitución. El jurado sólo se toma en consideración por la ley orgánica para mantener su posición subordinada y reducida. La misma lo que organiza es la justicia profesional diseñada por la Constitución, la justicia que puede efectivamente servir por sí para aplicar leyes y no para garantizar derechos.

Aun con la mención desde un inicio de Jueces junto a Magistrados, se trata de una justicia en lo esencial colegiada. La Exposición de Motivos del proyecto que devino ley, si pone énfasis

en alguna dimensión a efectos de garantía, es con diferencia en ésta de la colegialidad. "La pública expectación" resultaría defraudada de mantenerse "los Juzgados unipersonales". "Las prendas de acierto y de imparcialidad deben hallarse en los Tribunales colegiados que los mismos defensores del Tribunal único no vacilan en confesar que inspiran doble confianza", pues a la de profesionalidad se añade ésta de la colegialidad como formas eficientes de prevención frente a las falibilidad y arbitrariedad siempre posibles en la actuación meramente individual. Si se tratase de la atracción e incremento de la confianza por parte de la ciudadanía, la Constitución había dejado abierta otras puertas, pero ni el cuarto turno de nombramiento directo ni, aún menos, el jurado de participación ciudadana se toman en cuenta por la ley orgánica a dicho propósito o, respecto a lo segundo, a ningún otro. Estableciendo resueltamente una justicia como función de ley, la ley orgánica de 1870 entiende que la garantía constitucional se presta y la confianza ciudadana se granjea por la colegialidad sobre la base de la profesionalidad. Es una opción que no casa exactamente con la Constitución, pero que cabe en ella.

Aquella ley orgánica de la justicia ha regido durante más de un siglo, pero nunca, ni siquiera al arranque, tal cual. Casi inmediatamente, alegándose penurias económicas, un mero decreto dispone que se ponga en planta respecto a "aquello cuya observancia sea posible". Tribunales colegiados siguieron siendo tan sólo el Tribunal Supremo y las Audiencias. Los tribunales de primera instancia no se constituyen. A este nivel esencial permanecen juzgados unipersonales. No es un detalle menor. Es la clave del planteamiento de la ley a unos efectos constitucionales tanto de garantía como de confianza. En el mismo año de 1870 la planta orgánica de la justicia deja definitivamente de conformarse con la Constitución vigente, la de 1869 que representa un constitucionalismo de derechos. Si esta ley fundacional de la justicia española ha sido alguna vez constitucional es porque la Constitución siguiente, la de 1876, situó

claramente a la justicia bajo ley comenzando por desactivar la declaración de derechos.

Vigente todavía la Constitución de 1869, vino en 1872 un Código procesal penal o ley de enjuiciamiento criminal presentando la circunstancia de no estar a la altura del derecho constitucional contenido en la declaración de derechos para esta materia de procedimiento. Sus garantías están por debajo del nivel así marcado. Estamos con esto ante cuestiones neurálgicas de libertad personal o, si quiere decirse así, de garantía institucional de las libertades en general. Media, permitiéndolo, la ley orgánica. Para la Constitución cabe justicia de amparo directo de derechos. Para la planta judicial no cabe sin más frente a ley. Sólo es posible la función de garantía en la forma y en la medida como se contempla no por la Constitución, sino por la legislación que en teoría la desarrolla. No hay, ni siquiera en definitiva para la Constitución, posibilidad de enjuiciamiento de ley. Difícilmente puede haberla cuando la justicia es profesional. La profesionalidad misma sufrió porque la ley orgánica dejó abierta una vía de depuración previa de la justicia. La propia Constitución daba pie, bien que con plazo ya cumplido: "El Poder ejecutivo podrá dictar las disposiciones conducentes a su aplicación (de la ley orgánica de tribunales) en la parte que sea posible" hasta que la misma se promulgue. Su misma promulgación se había efectuado en unos términos de provisionalidad que facilitó las operaciones desnaturalizadoras.

En definitiva, ley que sesga Constitución y puesta en práctica que desnaturaliza ley es la base normativa de la fundación de la justicia española en tiempo constitucional. El Código civil pudo venir a continuación situándola inequívocamente en la posición napoleónica. Fue el sello. En el siglo XX, la Constituciones de 1931 y 1978, la vigente y su precedente más cercano no sólo en el tiempo, han debido afrontar el reto de sujetar justicia de ley a constitucionalismo de derechos. El desafío es serio porque la sujeción es constitutiva. Las dictaduras habían agravado, pero no generado, la dependencia.

EPÍLOGO

Permitámonos finalmente una sumarísima reflexión sobre el momento constituyente de 1978, el nuestro por cuanto que produce la Constitución vigente. Señalemos ante todo, pues parece lo esencial, que volvemos a encontrarnos con una declaración de derechos conteniendo derecho procesal por la debida consideración de la justicia como garantía necesaria y de sus formas como garantías obligadas. Hoy tenemos un derecho constitucional procesal presidiendo a la justicia. Tenemos a la justicia misma en un lugar de primer orden dentro del sistema constitucional. Como poder, viene en cambio en el tercer puesto conforme a la secuencia tradicional, planteando de nuevo problemas de encaje con la función primordial de garantía. En lo referente a la justicia, la parte de derechos y la de poderes, aun entre importantes novedades al propósito, siguen sin acabar de casar.

La principal novedad es por supuesto la de una jurisdicción en garantía de derechos por encima de ley no sólo además al efecto del caso, pues su jurisprudencia prevalece. Es la justicia llamada constitucional, la del Tribunal Constitucional, que así se distingue, como si el resto no lo fuera, de la ordinaria. En parte sigue sin serlo, quiero decir constitucional la justicia sin más. La jurisdicción de garantías ante todo implica el mantenimiento de su incapacidad para amparar por sí misma y directamente derechos. Es también la llamada constitucional jurisdicción de conflicto entre leyes y así por encima de ellas ahora que se establece un sistema de autonomías territoriales de alcance normativo y gubernamental, no en cambio judicial, pero se trata de cosas distintas que no conviene mezclar. De cara a la justicia sin más, el problema constitucional reside en su incapacitación respecto a derechos frente a la lógica constitucional de su declaración.

Enseguida ha de añadirse que difícilmente se le puede capacitar cuando se mantiene y hasta se potencia el modelo profe-

sional sin requerimiento constitucional ni siquiera de colegialidad a los efectos de ejercicio de poder judicial. La Constitución no entiende que pudiese producirse un déficit de confianza a cuya superación pudiese concurrir la participación de ciudadanía a través del jurado o también del cupo de nombramiento directo de magistrados y magistradas. La potenciación dicha de la justicia profesional puede venir por una autonomía orgánica, como garantía de independencia frente a los otros poderes, que preside un Consejo General del Poder Judicial haciéndose con competencias procedentes del Gobierno, su Ministerio de Justicia, su Consejo, el llamado de Estado, y del propio Tribunal Supremo, más algunas nuevas. Frente a esta pauta constituyente de independencia judicial, no se entiende por qué se mantiene, sin previsión constitucional al efecto, un Ministerio de Justicia y hasta se le replica por consejerías de gobiernos regionales. Quizás sea un síntoma de que la independencia del poder judicial de entidad profesional sin base ciudadana propia no acaba de sostenerse por sí misma.

Junto al Tribunal Constitucional, que no se constituye en el ámbito de la justicia, un Tribunal Supremo no sólo se mantiene, sino que incluso resulta a su vez potenciado como cúspide del orden propiamente judicial, el cual conserva su jerarquía pese a las autonomías territoriales. La Constitución elude el reto del encaje. Por decirlo sumariamente, el Tribunal Supremo se debe a ley; el Tribunal Constitucional, a derechos. En ambos se concentra un poder de declaración y, por tanto, disposición del ordenamiento. En uno y otro caso se trata de efecto tardío del sistema constitucional. Con motivación constitucionalista en momento constituyente no es como hizo su aparición tal género de tribunales. La jurisdicción que puede decirse constitucional en los Estados Unidos, la que recae en la Corte Suprema federal de un modo excluyente disponiendo de derechos, fue consecuencia no programada e incluso indeseada de una fallida reconstitución. La necesidad en otros casos de una jurisdicción de amparo una vez que se mantiene incapacitada a la justicia se

ha querido convertir en virtud a costa de no reconocerse el poder sobre libertades que con ello se concentra en un colegio reducido, se entienda judicial o no.

Parece que falta la conciencia que pudiera deparar la historia. Me atrevería a decir que en el momento constituyente de 1978 se tuvo bastante limitada porque no se afrontaron los problemas constitutivos de la justicia, los que venían de la ley de 1870 y de su desnaturalización inmediata, sino tan sólo los sobrevenidos por su degradación durante la dictadura del régimen franquista. Abonaba una cultura judicial idealizando dicha ley como origen propio. Y digo que me atrevería porque en realidad no me atrevo. No se comprende entonces la opción por una magistratura en tal grado profesional que además impide la propia capacitación directa de la justicia como función de amparo de libertades, su cometido constitucional donde las haya. A duras penas, viene desde 1978 intentándose encajar piezas que, a mi modesto entender de observador desde la historia, precisan de reforma constitucional o, mejor, de enmienda reconstituyente.

Orientación bibliográfica

Para introducirse en la historia constitucional estadounidense con debida atención a la justicia, AMAR, 2005. Para lo que se identifica como *jury review* por contraponérsele al *judicial review*, STIMSON, 1990. Para el giro jurisprudencial tras la abolición, BRANDWEIN, 1999; SCATURRO, 2000; KACZOROWSKI, 2005. Para la justicia ciudadana de la revolución francesa, BADINTER, 1989. Su evolución puede seguirse en el capítulo napoleónico de ROYER, 1995. Para la clave de la jerarquía entre poderes y en el propio seno de la justicia, HALPÉRIN, 1987. Para una perspectiva de base en el tracto francés, MÉTAIRIE, 2004. Para el momento constituyente final español, SERVÁN, 2005.

Mi reflexión de cierre, si no supiera que es polémica, vino a demostrármelo el interesante debate planteado por quienes asistieron al curso del Consejo General del Poder Judicial del que estas páginas proceden. Es lástima que no tuviéramos la diligencia de grabarlo pues enriquecería este libro.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

AJELLO, Raffaele (1976): *Arcana juris. Diritto e politica nel Settecento italiano*, Napoli, Jovene.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto (1974): *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, II, México, UNAM.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto (1980): *Nuevos estudios de Derecho procesal*, Madrid, Tecnos.

ALEJANDRE, Juan Antonio (1981): *La justicia popular en España. Análisis de una experiencia histórica: los tribunales jurados*, Madrid, Universidad Complutense

ALESSI PALAZZOLO, Giorgia (1979): *Prova Legale e Pena-La crisi del sistema tra evo medio e moderno*, Napoli, Jovene.

ALESSI PALAZZOLO, Giorgia (1987): voz "Processo penale (Diritto intermedio)", en *Enciclopedia del Diritto*, III, Milano, Giuffré.

ALESSI PALAZZOLO, Giorgia (2001): *Il processo penale. Profilo storico*, Roma, Laterza.

ALONSO ROMERO, M. Paz (1989): "Las Cortes y la administración de la justicia", en *Las Cortes de Castilla y León en la Edad Moderna*, Valladolid, Junta de Castilla y León, 501-563.

ALONSO ROMERO, M. Paz (1997): *Universidad y sociedad corporativa. Historia del privilegio jurisdiccional del Estudio salmantino,* Madrid, Tecnos.

ALONSO ROMERO, M. Paz (2001): "El solemne orden de los juicios. La lentitud como problema en la historia del proceso en Castilla", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* (=*AFDUAM*), 5, 23-54.

ALONSO ROMERO, M.ª Paz (1982): *El proceso penal en Castilla (siglos XIII-XVIII)*. Salamanca, Universidad.

ÁLVAREZ CORA, Enrique (2002): *La arquitectura de la justicia burguesa. Una introducción al enjuiciamiento civil en el siglo XIX*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

AMAR, Akhil Reed (2005): *America's Constitution: A Biography*, Random House.

APARICIO, Miguel A. (1995): *El status del Poder judicial en el constitucionalismo español (1808-1936)*, Barcelona, Universitat de Barcelona

ARREGUI ZAMORANO, Pilar (2000): *Monarquía y señoríos en la Castilla moderna. Los adelantamientos de Castilla, León y Campos (1474-1643)*, Valladolid, Junta de Castilla y León.

ARRIETA ALBERDI, Jon (2005): "Las formas de vinculación a la Monarquía y de relación entre sus reinos y coronas en la España de los Austrias. Perspectivas de análisis", en A. Álvarez-Ossorio Alvariño y B. J. García García, eds., *La Monarquía de las naciones. Patria, nación y naturaleza en la Monarquía de España*, Madrid, Fundación Carlos Amberes, 303-326.

ASTAING, Antoine (1999): *Droits et garanties de l'accusé dans le procès criminel d'Ancien Régime, XVIe et XVIIe siècles: Audace et pusillanimité de la doctrine pénale française*, Aix en Provence, Presses Universitaires d'Aix en Marseille.

BADINTER, Robert, ed. (1989): *Une autre Justice. Contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution française, 1789-1799*, Paris, Fayard.

BARBAS HOMEM, António Pedro (2003): *Judex perfectus. Funçao jurisdicional e estatuto judicial em Portugal, 1640-1820*, Coimbra.

BENEDUCE, Pasquale (2003): "Cause in vista. Racconto e messa in scena del processo celebre", en *Giornale di Storia Costituzionale*, 6, 333-344.

BERMEJO CASTRILLO, Manuel Ángel (1997): "Evolución del proceso penal en el ordenamiento español. El ejemplo de la prueba", en Johannes-Michael Scholz / Tamar Herzog (eds.), *Observation and Communication: The Construction of Realities in the Hispanic World*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 563-605.

BERMEJO CASTRILLO, Manuel Ángel (2001): "Hacia la construcción de una ciencia procesal como disciplina universitaria autónoma: primeras cátedras, vigencia de la práctica y hegemonía del procedimiento", en *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija de Estudios sobre la Universidad*, 4, 91-133.

BIGOT, George (2002): *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, Paris, Presses Universitaires de France

BOUZADA GIL, M.ª Teresa (2001): *La vía de fuerza. La Práctica en la Real Audiencia del Reino de Galicia. Siglos XVII-XVIII*, Santiago de Compostela, Xunta de Galicia.

BRANDWEIN, Pamela (1999): *Reconstructing Reconstruction: The Supreme Court and the Production of Historical Truth*, Duke University Press.

BURDIEL, Isabel (2004): *Isabel II. No se puede reinar inocentemente,* Madrid, Espasa.

CAMPITELLI, Adriana (1987): voz "Processo civile (Diritto intermedio) en *Enciclopedia del Diritto*, III, Milano, Giuffré.

CANET APARISI, Teresa (1999): "Los tribunales supremos de justicia: audiencias y chancillerías reales", en E. Belenguer Cebriá, coord., *Felipe II y el Mediterráneo. La monarquía y los reinos (I)*, Madrid, III, 565-598.

CARBASSE, Jean Marie et DEBAMPOUR-TARRIDE, Laurence, dirs. (1999): *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, Paris, Presses Universitaires de France.

CARONI, Pío (1996): *Lecciones catalanas sobre la historia de la codificación*, Madrid, Marcial Pons.

CLAVERO, Bartolomé (1977): *Temas de Historia del Derecho: Derecho común*, Sevilla, Universidad de Sevilla.

CLAVERO, Bartolomé (1984b): "La gran dificultad. Frustración de una Ciencia del Derecho en la España del siglo XIX", *Ius Commune,* XII, 91-115.

CLAVERO, Bartolomé (1986): *Tantas personas como estados. Por una antropología política de la historia europea*, Madrid, Tecnos.

CLAVERO, Bartolomé (1988): *Los derechos y los jueces,* Madrid, Civitas.

CLAVERO, Bartolomé (1988): *Manual de Historia Constitucional de España,* Madrid, Alianza

CLAVERO, Bartolomé (1989): "Del estado presente a la familia pasada (a propósito de estudios acerca de la Famiglia aristocratica así como también de la Familia Mediterránea)" en *Quaderni Fiorentini*, 18, 583-605.

CLAVERO, Bartolomé (1990a): "Almas y cuerpos: sujetos de Derecho de la Edad Moderna", en *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, 1, Milán, Giuffrè, 153-171.

CLAVERO, Bartolomé (1990b): "Anatomía de España. Derechos hispanos y Derecho español entre fueros y códigos", en *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales*, a cura di B. CLAVERO, P. Grossi, F. Tomás y Valiente, Milano, I, 47-86.

CLAVERO, Bartolomé (1991a): *Antídora. Antropología Católica de la Economía Moderna*, Milán, Giuffrè.

CLAVERO, Bartolomé (1991b): *Razón de Estado, razón de individuo, razón de historia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

CLAVERO, Bartolomé (1992a): "La gran innovación: Justicia de Estado y derecho de Constitución", en J. M. Scholz ed., *El tercer poder. Hacia una comprensión histórica de la justicia contemporánea en España*, Frankfurt am Main, V. Klostermann, 169-188.

CLAVERO, Bartolomé (1992b): "Arqueología constitucional: empleo de Universidad y desempleo de derecho", *Quaderni Fiorentini,* 21, 37-87.

CLAVERO, Bartolomé (1992c), *Manual de historia constitucional de España,* Madrid, Alianza.

CLAVERO, Bartolomé (1993-1994): "<Beati dictum>: Derecho de linaje, economía de familia y cultura de orden", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 63-64, 7-148.

CLAVERO, Bartolomé (1994): "“Garantie des droits”: emplazamiento histórico del enunciado constitucional", en A. Romano (coord.) *Enunciazione e giustiziabilitá dei diritti fondamentali nelle carte costituzionali europee. Profili storici e comparatistici. Atti di un convengo in honore di Francisco Tomás y Valiente,* Milán, Giuffrè, 19-39.

CLAVERO, Bartolomé (1995a): "Sevilla, Concejo y Audiencia: invitación a sus Ordenanzas de Justicia", estudio preliminar de *Ordenanzas de la Real Audiencia de Sevilla* (ed. facs. de las de 1603-1632), Sevilla, Guadalquivir, 5-95.

CLAVERO, Bartolomé (1995b): "Tutela administrativa o diálogos con Tocqueville (a propósito de Une et indivisible de Mannoni, Sovrano tutore de MANNORI y un curso mío)" en *Quaderni Fiorentini*, 24, págs. 419-465.

CLAVERO, Bartolomé (1996a): "Imperio de la Ley y *Rule of Law*: léxico jurídico y tópica constitucional", *Quaderni Fiorentini,* 25, 283-346.

CLAVERO, Bartolomé (1996b): "La monarquía, el derecho y la justicia", en E. Martínez Ruiz y M. de Pazzis Pi, coords., *Instituciones de la España Moderna.* 1. *Las jurisdicciones*, Madrid, 15-38.

CLAVERO, Bartolomé (1997a): *Happy Constitution. Cultura y lengua constitucionales*, Madrid, Trotta.

CLAVERO, Bartolomé (1997b): "Imperio de la ley, regla del derecho y tópica de Constitución", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid,* 1, 41-78.

CLAVERO, Bartolomé, (2000a): *Ama Llunku, Abya Yala: Constituyencia indígena y Código ladino por América*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

CLAVERO, Bartolomé (2000b): "Cádiz como Constitución", en *Constitución política de la Monarquía española promulgada en Cádiz a 19 de marzo de 1812*, Sevilla, Ayuntamiento de Cádiz/ Universidad de Cádiz/Casino Gaditano/Fundación El Monte, II, 75-265

CORONAS GONZÁLEZ, Santos M. (1998): "La Justicia del Antiguo Régimen: su organización institucional", en *Estudios de Historia del Derecho Público*, Valencia, 9-133.

CORONAS GONZÁLEZ, Santos M. (1998): "La reforma judicial de Aranda (1776-1771)", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 68, 45-81.

COSTA, Pietro (1969): *Iurisdictio. Semantica del potere politico medioevale (1100-1433)*, Milán, Giuffrè.

COSTA, Pietro (1999): *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, t. 1. Roma-Bari, Laterza.

COSTA, Pietro (2004): "El problema de la representación política: una perspectiva histórica", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 8, 15-61.

CRUZ VILLALÓN, Pedro (1980): *El Estado de sitio y la constitución. La constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1878)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

DE BENEDICTIS, Angela (2001): *Politica, governo e istituzioni nell'Europa moderna*, Bologna, Il Mulino.

DE BENEDICTIS, Angela e MATTOZZI, Ivo (a cura di) (1994): *Giustizia, Potere e Corpo Sociale nella prima età moderna. Argomenti nella letteratura giuridico-politicia*, Bologna, Clueb.

DE DIOS, Salustiano (1993): *Gracia, merced y patronazgo real. La Cámara de Castilla entre 1474 y 1530*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

DÍAZ SAMPEDRO, Braulio (2005): *La politización de la justicia: la designación de los magistrados del Tribunal Supremo (1836-1881)*, Madrid, Dykinson.

ELLIOT, John H. (2003): "Una Europa de monarquías compuestas" (ed. orig. inglesa, 1992), en su *España en Europa. Estudios de historia comparada,* Valencia, Universitat de València, 65-91.

FERNÁNDEZ ALBALADEJO, Pablo (1992): *Fragmentos de monarquía. Trabajos de historia política*, Madrid, Alianza.

FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón (1998): *La formación histórica de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid, Civitas.

FERRERAS, Juan Ignacio (1972): *Estudios sobre la novela española del siglo XIX. La novela por entregas, 1840-1900 (concentración obrera y economía editorial)*, Madrid, Taurus.

FIORAVANTI, Maurizio (1993): *Stato e Costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Torino, Giappichelli.

FIORAVANTI, Maurizio, (1979): *Giuristi e costituzione politica nell´Ottocento tedesco,* Milán,Giuffrè.

FONTANA, Joseph (1971): *La quiebra de la Monarquía absoluta* (1814-1820), Barcelona, Ariel.

FONTANA, Joseph (1973): *Hacienda y Estado en la crisis final del antiguo régimen español:1823-1833,* Madrid, Instituto de Estudios Fiscales.

FONTANA, Joseph (1977): La *Revolución liberal. Política y Hacienda: 1833-1845),* Madrid, Instituto de Estudios Fiscales.

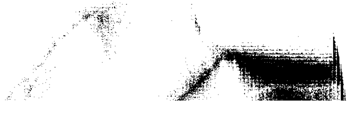
FORTEA PÉREZ, José I. (1986): *Fiscalidad en Córdoba. Fisco, economía y sociedad: alcabalas y encabezamiento en*

tierras de Córdoba (1513-1619), Córdoba, Universidad de Córdoba.
FORTEA PÉREZ, José I. (1991): "Poder real y poder municipal en Castilla en el siglo XVI" en R. Pastor y otros, *Estructuras y formas de poder en la historia*, Salamanca, Universidad de Salamanca.
FORTEA PÉREZ, José I. (1994): "Les villes de la Couronne de Castille sous l'ancien régime: une histoire inachevée" en *Revue D'Histoire Moderne et Contemporaine*, 41-2, avril-juin, 290-312.
FORTEA PÉREZ, José I. (1995): "Las ciudades de la Corona de Castilla en el Antiguo Régimen: una revisión historiográfica", en *Boletín de la Asociación de Demografía Histórica*, XIII-3, 19-59.
FORTEA PÉREZ, José I. (ed.) (1997): *Imágenes de la diversidad. El mundo urbano en la Corona de Castilla (S. XVI-XVIII)*, Santander, Universidad de Cantabria.
FRIGO, Daniela (1985): *Il Padre di famiglia. Governo della casa e governo civile nella tradizione dell' "Economica" tra cinque e seicento*, Roma, Bulzoni.
FRIGO, Daniela (1990): "Disciplina rei familiaris: l'economia come modello amministrativo d'ancien régime" en *Penélope, Fazer e Desfazer a Historia*, 6, 47-62.
GARCÍA DE LA CONCHA, Víctor (dir.) (1997): *Historia de la literatura española*, vol. 8, *Siglo XIX (I)*, G. Carnero (coord.), Madrid, Espasa Calpe.
GARRIGA, Carlos (1991): "Control y disciplina de los oficiales públicos en Castilla: la *visita* del Ordenamiento de Toledo (1480)", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, LXI, 215-390.
GARRIGA, Carlos (1994): *La Audiencia y las Chancillerías castellanas (1371-1525). Historia política, régimen jurídico y práctica institucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
GARRIGA, Carlos (1996): "Las Ordenanzas de la Real Audiencia de Cataluña (1741). (Una contribución al estudio del régimen de la Nueva Planta)", en *Estat, Dret i Societat al segle XVIII. Homenatge al prof. Josep M. Gay Escoda*. A.Iglesia Ferreirós (ed.), Barcelona (=*Initium. Revista Catalana d'Història del Dret*, 1), 371-396.

GARRIGA, Carlos (1997a): "Despotismo ilustrado y desorden social: la restauración de la Nueva Planta de la Audiencia de Cataluña (1775)", en *Initium. Revista Catalana Derecho 'Història del Dret*, 2, 485-516.
GARRIGA, Carlos (1997b): "La expansión de la visita castellana a Indias: presupuestos, alcance y significado", en *XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Buenos Aires, 4 al 9 de septiembre de 1995. Actas y estudios*, Buenos Aires, III, 51-79.
GARRIGA, Carlos (1998): "El Corregidor en Cataluña. (Una lectura de la obra de Josep M. Gay Escoda)", en *Initium. Revista Catalana d'Història del Dret*, 3, 531-583.
GARRIGA, Carlos (2002a): "Los límites del *reformismo borbónico*: a propósito de la administración de la justicia en Indias", en F. Barrios Pintado (coord.), *Derecho y Administración Pública en las Indias hispánicas. Actas del XII Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano*, tomo I, Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, 781-821.
GARRIGA, Carlos (2002b): "Gobierno", en *Diccionario político y social del siglo XIX español*, J. Fernández Sebastián y J. F. Fuentes (dirs)., Madrid, Alianza, 319-335.
GARRIGA, Carlos (2004a): "Estudio preliminar" a la edición facsimilar de A. Salgado Correa, *Libro nombrado Regimiento de Juezes*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial.
GARRIGA, Carlos (2004b): "Las Audiencias: la justicia y el gobierno de las Indias", en F. Barrios Pintado (coord.), *El Gobierno de un Mundo: Virreinatos y Audiencias en la América Hispánica*, Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, 711-794.
GARRIGA, Carlos (2004c): "Orden jurídico y poder político en el Antiguo Régimen", en *ISTOR: Revista de Historia Internacional*, año IV, 16, 13-44.

GARRIGA, Carlos (2005): *La Real Audiencia y Chancillería de Granada* (en prensa).
GARRIGA, Carlos (2006): "*Contra iudicii improbitatem remedia.* I. La recusación como garantía de la justicia en la Corona de Castilla" (en prensa).
GARRIGA, Carlos (2006): "Sobre el gobierno de la justicia en Indias (siglos XVI-XVII)" (en prensa).
GARRIGA, Carlos (2006): "Constitución política y orden jurídico en España: el efecto derogatorio de la Constitución de Cádiz", en VV.AA., *Doceañismos, constituciones e independencias*, M. Chust (ed.), Madrid, Mapfre, 33-77.
GARRIGA, Carlos, LORENTE, Marta (1997): "El juez y la ley: la motivación de las sentencias (Castilla, 1489-España, 1855)", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid,* 1: *La vinculación del juez a la ley*, 97-142.
GARRIGA, Carlos y LORENTE, Marta (1998): "Responsabilidad de los empleados públicos y contenciosos de la Administración (1812-1845). Una propuesta de revisión", en J. M. Portillo y J. M. Inurritegui (eds.), *Constitución de España. Orígenes y destinos,* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 215-272.
GARRIGA, Carlos y LORENTE, Marta (2006): *Cádiz 1812: La Constitución Jurisdiccional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
GAY SCODA, Josep Maria (1997): *El Corregidor a Catalunya,* Madrid, Marcial Pons.
GIL PUJOL, Xavier (2005): "Un rey, una fe y muchas naciones. Patria y nación en la España de los siglos XVI y XVII", en *La Monarquía de las naciones Patria, nación y naturaleza en la Monarquia de España,*A. Álvarez-Ossorio Alvariño y B. J. García García (eds.), Madrid, Fundación Carlos de Amberes, 39-76.
GIULIANI, Alessandro (1986): "Ordine isonomico e ordine asimmetrico. Nuova retorica e teoria del processo", en *Sociología del Diritto*, 2-3, Milán, Angeli, 81-90.

GIULIANI, Alessandro y PICARDI, Nicola (1987): *La responsabilità del giudice,* Milán, Giuffrè.
GODECHOT, Jacques (1985): *Les Institutions de la France sous Révolution et L'Empire,* París, Presses Universitaires de France.
GÓMEZ GONZÁLEZ, Inés (1995): "La Chancillería de Granada en la Guerra de la Independencia", *en Revista del Centro de estudios históricos de Granada y su reino*, 9 (2.ª época), 141-157.
GÓMEZ GONZÁLEZ, Inés (2003): *La justicia, el gobierno y sus hacedores. La Real Chancillería de Granada en el Antiguo Régimen*, Granada, Comares.
GONZÁLEZ ALONSO, Benjamín (1970): *El corregidor castellano (1348-1808),* Madrid, Instituto de Estudios Administrativos.
GONZÁLEZ ALONSO, Benjamín (1988): "La justicia", en M. Artola (dir.), *Enciclopedia de Historia de España*, II, 1988, 343-417.
GONZÁLEZ ALONSO, Benjamín (2000): "Los procedimientos de control y exigencia de responsabilidad de los oficiales regios en el Antiguo Régimen (Corona de Castilla, siglos XIII-XVIII)", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid,* 4: *La responsabilidad en el Derechó*, 249-271.
GROSSI, Paolo (1996): *El orden jurídico medieval*, Madrid, Marcial Pons.
GURIEVICH, Aaron (1990), *Las categorías de la cultura medieval*, Madrid, Taurus.
HALPERIN, Jean-Louis (1987): *Le tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799),* París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
HALPÉRIN, Jean-Louis (1989), "Le Tribunal de cassation et la naissance de la jurisprudence moderne", en *Une autre justice (1789-1799),* R. BADINTER (dir.), París, Fayard.
HALPERIN, Jean-Louis (1992): *L'impossible Code civil,* Paris, Presses Universitaires de France.



HALPERIN, Jean-Louis (1996a): *Histoire du droit privé français depuis 1804,* Paris, Presses Universitaires de France.
HALPERIN, Jean-Louis (1996b): *Le Code civil,* Paris, Dalloz.
HERAS SANTOS, José Luis de las (1994): *La justicia penal de los Austrias en la Corona de Castilla*, Salamanca, Universidad de Salamanca.
HESPANHA, Antonio M. (1984): "Para uma teoria da história institucional do Antigo Regime" en *id.* comp., *Poder e Instituições na Europa do Antigo Regime. Colectãnea de textos*, Lisboa, Fundaçao Calouste Gulbenkian, 7-89.
HESPANHA, Antonio M. (1986): "A historiografia jurídico-institucional e a "morte do estado"" en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 3, 191-227.
HESPANHA, Antonio M. (1989): ""Dignitas Nunquam Moritur". On a durabilidade do poder no Antigo Regime" en VV. AA. *Centralismo y autonomismo en los siglos XVI-XVII. Homenaje al Profesor Jesús Lalinde Abadía*, Barcelona, Universidad de Barcelona, 445-455.
HESPANHA, Antonio M. (1990): "Justiça e Administraçâo entre o Antigo Regime e a Revoluçâo" en B. Clavero, P. Grossi y F. Tomás y Valiente (coords.), *Hispania entre derechos propios y derechos nacionales: Atti dell'incontro di studio Firence, Lucca 25, 26, 27 maggio 1989*, 1. Milán, Giuffrè, 135-203.
HESPANHA, António M. (1993): *La gracia del derecho. Economía de la cultura en la edad moderna,* Madrid.
HESPANHA, Antonio M. (1993a): "Representación dogmática y proyectos de poder" en *id., La gracia del derecho. Economía de la cultura en la Edad Moderna*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 61-84.
HESPANHA, Antonio M. (1993b): "El Espacio Político" en *id., La gracia del derecho. Economía de la cultura en la Edad Moderna*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 85-121.
HESPANHA, Antonio M. (1993c): "La Economía de la Gracia" en *id., La gracia del derecho. Economía de la cultura en la Edad Moderna*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 151-176.

HESPANHA, Antonio M. (1993d): "De *Iustitia* a Disciplina" en *id., La gracia del derecho. Economía de la cultura en la Edad Moderna*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 203-273.
HESPANHA, Antonio M. (1996): "Una nueva historia política e institucional", en *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, XLI (octubre-diciembre), 9-45.
HESPANHA, Antonio M. (1997): "La senda amorosa del Derecho: Amor y Justicia en el discurso jurídico moderno" en C. Petit (ed.), *Las pasiones del jurista. Amor, memoria, melancolía, imaginación*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 23-74.
HESPANHA, António M. (2000): "Qu'est-ce que la 'constitution' dans les monarchies ibériques de l'époque moderne?", en *Themis*, año I, 2, 5-18.
HESPANHA, António M. (2002): *Cultura jurídica europea. Síntesis de un milenio*, Madrid, Tecnos.
HUFTEAU, Yves Louis (1965): *Le référé législatif et les pouvoirs de juge dans le silence de la loi*, París.
JOUANJAN, Olivier (2005): *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1910): idéalisme et conceptualisme chez les juristes allemands du XIXe siècle,* París, Presses Universitaires de France.
JOVER, José María (dir.) (1991): *La era isabelina y el sexenio democrático (1834-1874),* tomo XXXIX de la *Historia de España,* fundada por R. Menéndez Pidal y dirigida por J.M. Jover, Madrid, Espasa-Calpe.
KACZOROWSKI, Robert J. (2005): *The Politics of Judicial Interpretation: The Federal Courts, Department of Justice, and Civil Rights, 1866-1876*, Fordham University Press.
KAGAN, Richard L. (1991): *Pleitos y pleiteantes en Castilla, 1500-1700* (ed. orig. inglesa 1981), Valladolid.

KANTOROWICZ, Ernst H. (1985): *Los dos cuerpos del Rey. Un estudio de teología política medieval*, Madrid, Alianza.

LALINDE ABADÍA, Jesús (1999): "Vida forense española", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 69, 9-62.

LORENTE Marta y MARTÍNEZ, Fernando: "Policía política y control del territorio en España (1822-1845): De la Superintendencia General de Policía a la Guardia Civil", en *Extra moenia. Il controllo del territorio nelle campagne e nei piccoli centri* (en prensa).

LORENTE, Marta (1988): *Las infracciones a la Constitución de 1812*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

LORENTE, Marta (1992): "Reglamento provisional y administración de justicia (1833-1838). Reflexiones para una historia de la justicia decimonónica", en *El Tercer Poder. Hacia una comprensión histórica de la justicia contemporánea en España,* en J.-M. Scholz (ed.), Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann.

LORENTE, Marta (2001): "De la trascendencia constitucional de un mecanismo institucional: la autorización para procesar a los funcionarios públicos", en *Homenaje a Mariano Peset* (en prensa).

LORENTE, Marta (2001): *La voz del Estado. La publicación de las normas (1810-1889)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

LORENTE, Marta (2003): "Del control de los hombres al control de las leyes. Parlamento y Constitución en España", en VV.AA., *Parlamento e Costituzione nei sistema costituzionali europei ottocenteschi*, A.G. Manca/L. Lacché (eds.), Bolonia-Berlín, Il Mulino-Dunckler & Humblot.

LORENTE, Marta (2004a): "Territorio y Jurisdicción: La crisis de la Audiencia Hispana", en VV.AA, *El Gobierno de un Mundo. Virreinatos y Audiencias en la América Hispánica*, F. Barrios (coord.), Cuenca, Fundación R del Pino/Universidad de Castilla-La Mancha, 1131-1172.

LORENTE, Marta, (2004b): "¿Cabe hablar de un constitucionalismo hispánico?", en VV.AA., *La Constitución de Cádiz de 1812,* Caracas, Universidad Católica Andrés Bello.

LORENTE, Marta (2006): "José de Bustamante y la Nación Española", en VV.AA., *Constituciones, Doceañismos, Independencias*, M. Chust (ed.), Madrid, Mapfre, 141-168.

LUIS, Jean Philippe (2002): *L'Utopie réactionnaire. Épuration et modernisation de l'Etat dans l'Espagne de la fin de l'ancien régime (1823-1834),* Madrid, Casa de Velázquez.

MANNORI, Luca (1990): "Per una 'preistoria'della funzione amministrativa. Cultura giuridica e attività dei pubblici apparati nell'età del tardo diritto comune" en *Quaderni Fiorentini*, 19, 323-504.

MANNORI, Luca (1994): *Il sovrano tutore. Pluralismo istituzionale e accentramento amministrativo nel principato dei Medici*, Milano, Giuffrè.

MANNORI, Luca (1997): "Giustizia e amministrazione tra antico e nuovo regime" en ROMANELLI, R. (a cura di) *Magistrati e potere nella storia europea*, Bologna, Il Mulino, 39-65.

MANNORI, Luca y SORDI, Bernardo (2001): *Storia del diritta amministrativo*, Roma-Bari., Laterza.

MANNORI, Luca y SORDI, Bernardo (2004): "Justicia y Administración", en Fioravanti, M. (ed.) *El estado moderno en Europa. Instituciones y Derecho*, trad. M. Martínez Neira, Madrid, Trotta, 65-102.

MARCHETTI, Paolo (2001): *De iure finium. Diritto e confini tra tardo medievo ed età moderna*, Milano, Giuffrè.

MARTÍNEZ, Fernando, (1999): *Entre confianza y responsabilidad. La Justicia del primer constitucionalismo español (1810-1823)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

MARTÍNEZ, Fernando, (2002a): "Administración de Justicia", en *Diccionario político y social del siglo XIX español*, J. Fernández Sebastián y J.F. Fuentes (dirs.), Madrid, Alianza, 67-74.

MARTÍNEZ, Fernando, (2002b): "Ley expresa, clara y terminante. Orden normativo y paradigma jurisdiccional en el primer constitucionalismo español", en *Historia constitucional*, 3, http://constitucion.rediris.es/revista/hc/tres

MARTÍNEZ, Fernando, (2006): "Juzgar sin ser juzgado: El constitucionalismo gaditano como constitucionalismo jurisdiccional", en VV.AA., *Doceañismos, Constituciones e Independencias*, M. Chust (ed.), Madrid, Mapfre, 79-97.

MARTÍNEZ, Fernando, (en prensa): "Administración de Justicia de las Españas Insurgentes: El Establecimiento de las Audiencias constitucionales en Ultramar", en *Actas del XV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano.*

MARTÍNEZ, Fernando y LÓPEZ, Reinaldo (1992): "Los magistrados del Tribunal Supremo (1838-1848): una aproximación prosopográfica a la 'justicia moderada'", en *Jueces para la democracia,* 15/1, Madrid, Jueces para la democracia, 32-46.

MARTIRÉ, Eduardo (2005): *Las Audiencias y la Administración de Justicia en las Indias,* Madrid, UAM.

MASSETTO, Gian Paolo (1989): "Sentenza (diritto intermedio)", en *Enciclopedia del diritto,* XLI, Milano, Giuffrè, 1200-1245.

MAZZACANE, Aldo (2003): "Letteratura, processo e opinione pubblica: le raccolte di cause celebri tra bel mondo, avvocati e rivoluzione", en *Rechtsgeschichte*, 3, 70-97.

MECCARELLI, Massimo (1998): *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune,* Milano, Giuffrè.

MERCADER RIBA, Juan (1959): *Organización administrativa francesa en* España. Zaragoza, Diputación General de Aragón.

MERCADER RIBA, Juan (1971): *José Bonaparte rey de España (1808-1813). Historia externa* del *reinado*. Madrid, s.n.

MERCADER RIBA, Juan (1978): *Catalunya i l'Imperi Napoleonic*. Montserrat, L'Abadia de Montserrat.

MERCADER RIBA, Juan (1983): *José Bonaparte rey de España (1808-1813). Estructura del Estado español bonapartista.* Madrid. CSIC.

MÉTAIRIE, Guillaume (2004): *La justice de proximité. Une approche historique*, Paris, Presses Universitaires de France.

MONTI, Annamaria (2003): "*Iudicare tamquam Deus*". *I modi della giustizia senatoria nel Ducato di Milano tra Cinque e Settecento,* Milano, Giuffrè

MORENO PASTOR, Luis (1988): *Los orígenes del Tribunal Supremo 1812-1838*, Madrid, Universidad Complutense.

MUÑOZ DE BUSTILLO ROMERO, Carmen (1989): "La organización de los tribunales españoles (1808-1812)", en VV.AA., *Materiales para el estudio de la Constitución de 1812*, J. Cano Bueso (ed.). Madrid, Tecnos, 545-561.

MUÑOZ DE BUSTILLO ROMERO, Carmen (1991): *Bayona en Andalucía: el Estado bonapartista en la Prefectura de Xerez*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

MUÑOZ DE BUSTILLO ROMERO, Carmen (1998): "Los *otros* celadores del orden constitucional doceañista: diputaciones provinciales y ayuntamientos constitucionales", en Iñurritegui, J.M. y Portillo, eds., *Costitución de España: orígenes y destinos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 179-213.

MUÑOZ MACHADO, Santiago (ed.) (2002): *Los grandes procesos de la historia de España*, Barcelona, Crítica.

NADER, Helen (1990): *Liberty in Absolutist Spain. The Habsburg Sale of Towns, 1516-1700,* Baltimore.

NICOLINI, Ugo (1955): *Il principio di legalità nelle democrazie italiane. Legislazione e dottrina politico-giuridica dell'età comunale,* Padova, Marzorati.

NIETO, Alejandro (1996): *Los primeros pasos del Estado Constitucional: historia administrativa de la Regencia de María Cristina de Borbón,* Barcelona, Ariel.

OAKESHOTT, Michel (1990): *On human conduct*, Oxford, Clarendon.

PAREDES, Javier (1991): *La organización de la Justicia en la España liberal. Los orígenes de la carrera judicial (1834-1870).* Madrid, Cívitas.

PAYEN, Philippe (1997): *Les arrêts de règlement du Parlament de Paris au XVIIIe siècle.Dimension et doctrine,* París, Presses Universitarires de France.

PAYEN, Philippe (1999): *La physiologie de l´ârret de règlement du Parlement de París au XVIIIe siècle,* Paris, Presses Universitarires de France.

PELORSON, Jean-Marc (1980): *Les* Letrados, *juristes castillans sous Philippe III. Recherches sur leur place dans la société, la culture et l'État*, Poitiers, Universite de Poitiers.

PÉREZ SAMPER, M.A. (1982): "La Real Audiencia de Cataluña durante la Guerra de la Independencia", en *Pedralbes*, 2, 177-209.

PETIT, Carlos (2005): "La célebre causa del crimen de Fuencarral. Proceso penal y opinión pública bajo la Restauración", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 75, 369-411.

PICARDI, Nicola (1987): "Processo civile (storia, diritto moderno)", en Enciclopedia del Diritto vol. 36, Milán, Giuffrè.

PORTILLO, José María (1987): *Los poderes locales en la formación del régimen foral. Guipúzcoa (1812-1850),* Bilbao, Universidad del País Vasco.

PORTILLO, Jose María, (2005): *Crisis atlántica. Autonomía e Independencia en la crisis de la monarquía hispana*, Madrid, Marcial Pons

PRODI, Paolo (2000): *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto,* Bologna. Il Mulino.

PUYOL MONTERO, José María (1994): "Las Juntas de Negocios Contenciosos de José I", en *Cuadernos de Historia del Derecho*, I, 201-241.

RIOS-FONT, Wadda C. (2005): "El crimen de la calle de San Vicente: Crime Writing and Bourgeois Liberalism in Restoration Spain", en MLN 120.2, 335-354 (http://muse.jhu.edu/-journals/mln/v120/120.2rios-font.html).

ROLDÁN VERDEJO, Roberto (1989): *Los Jueces de la Monarquía Absoluta. Su estatuto y actividad judicial. Corona de Castilla, siglos XIV-XVIII*, La Laguna, Universidad de la Laguna.

ROMERO MORENO, José Manuel (1983): *Proceso y derechos fundamentales en la España del siglo XIX,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

ROVITO, Pier-Luigi (1981): *Respublica dei togati. Giuristi e società nella Napoli del Seicento. I. Le garanzie giuridiche*, Napoli, Jovene.

ROYER, Jean-Pierre (1995): *Histoire de la justice en France de la monarchie absolue à la République*, Paris, Presses Universitaires de France.

SÁINZ GUERRA, Juan (1992): *La Administración de justicia en España (1810-1870),* Madrid, Eudema.

SALVIOLI, Giuseppe (1969): "Storia della procedura civile e criminale", en P. del Giudice (dir.), *Storia del Diritto italiano*, T. III, Firenze, Gozzini

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Dolores del Mar (2004): *La codificación penal en España: los códigos de 1848 y 1850*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

SANZ CID, Carlos (1922): *La Constitución de Bayona*. Madrid, Reus.

SCATURRO, Frank J (2000): *The Supreme Court's Retreat from Reconstruction: A Distortion of Constitutional Jurisprudence*, Greenwood Press.

SCHNAPPER, Bernard (1973 y 1974): "Les Peines arbitraires du XIII au XVIIIe siecle (Doctrines savantes et usagès fraçais)", en *Revue d'Histoire du Droit*, 41, 237-277 y 42, 81-112.

SCHOLZ, Johannes-Michael (1992): "La compétence judiciaire. Sur l'histoire contemporaine de la justice espagnole", en VV.AA., *El Tercer Poder. Hacia una comprensión histórica*

de la justicia contemporánea en España, J.-M. SCHOLZ ed., Frankfurt am Main, V. Klostermann, 297-348.

SCHOLZ, Johannes-Michael (1996): "Escalafones y legitimidad judicial. Hacia una prosopografía adecuada", en *Sociedad, Administración y poder en la España del Antiguo Régimen,* J. L. Castellano ed., Granada, Universidad de Granada, 177-195.

SCHOLZ, Johannes-Michael (1997a): "Conversion et accumulation. Sur la formation professionnelle du personnel judiciare en Espagne", en *Ius commune* 24, Frankfurt am Main, V. Klostermann, 303-318.

SCHOLZ, Johannes-Michael (1997b): "Relatores et magistrados. De la naissance du juge moderne au XIXe siècle espagnol", en *Les figures de l'administrateur. Institucions, réseaux, pouvoirs en Espagne, en France et au Portugal. XVIe-XIXe siècle*, Robert DESCIMON, Jean-Frédéric SCHAUB, Bernard VINCENT dirs., París, École des Hautes Études en Sciences Sociales, 151-164.

SCHOLZ, Johannes-Michael (2003): *Gerechtigkeit verwalten. Die spanische Justiz im Übergang zur Moderne* (2 vols.), Frankfurt am Main, V. Klostermann.

SERRANO, Antonio (1989): "Die 'Doctrina legal' des spanischen 'Tribunal Supremo' in der rechtshistorischen Analyse des Justizabegriffs", en *Ius commune. Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte,* XVI, Frankfurt am Main, V. Klostermann, 219-247.

SERRANO, Antonio (1991): "O juiz como categoría administrativa. Sobre a semántica estatal na Espanha do século XIX", en *Penélope* 6, Lisboa, Celta, 73-91.

SERRANO, Antonio (1994): "Chocolate a la española: formación y afección de jueces en el siglo XIX", en *Università e professioni giuridiche in Europa nell'età liberale,* A. Mazzacane y C. Vano eds., Nápoles, Jovene, 423-462.

SERRANO, Antonio (1997): "Gordura y magistratura: la desgracia del juez Jabalquinto", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 67, II, Madrid, Ministerio de Justicia, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Boletín Oficial del Estado, 1465-1495.

SERVÁN, Carmen (2005), *Laboratorio constitucional en España. El individuo y el ordenamiento, 1868-1873*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

STIMSON, Shannon C. (1990), *The American Revolution of the Law: Anglo-American Jurisprudence before John Marshall*, Princeton University Press.

TARELLO, Giovanni (1976): *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto,* Bolonia, Il Mulino.

TAU ANZOÁTEGUI, Víctor (1992), *Casuismo y sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del Derecho Indiano,* Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho.

TODOROV, Tzvetan (2003), *La conquista de América. El problema del otro*, trad. F. Botton Burlá, Buenos Aires, Siglo XXI.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco (1975/1982): "Castillo de Bovadilla. Semblanza personal y profesional de un juez del Antiguo Régimen" (1975), recogido en su *Gobierno e instituciones en la España del Antiguo Régimen*, Madrid, Alianza.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco (1983): "Legislación liberal y legislación absolutista sobre funcionarios y sobre oficios públicos enajenados: 1810-1822", en *Actas del IV Symposium de Historia de la Administración,* Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 703-722.

TRINIDAD FERNÁNDEZ, Pedro (1982): "La reforma de las cárceles en el siglo XIX: las cárceles de Madrid", en *Estudios de Historia Social*, 22-23, 69-187.

VALLEJO, Jesús, (1992a), "Power Hierarchies in Medieval Juridical Thought. an Essay in Reinterpretation", en *Ius Commune*, 19, 1-29.

VALLEJO, Jesús (1992b): *Ruda equidad, ley consumada. Concepción de la potestad normativa,1250-1350,* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

VALLEJO, Jesús (1994a), "Amor de Árbitros. Episodio de la Sucesión de Per Afán de Ribera el Viejo", en *Fallstudien Zur Spanischen und Portugiesischen Justiz (15. Bis 20. Jahrhundert)*, Francfort del Meno, Klostermann, 211-269

VALLEJO, Jesús (1994b): "Il calice d´argento", en C. Petit-J.VALLEJO, *La categoría giuridica nella Europa del Medievo,* G. Ortalli (a cura di), *Storia d´Europa, 3: Il Medioevo (secoli V-XV)*, Turín, Einaudi, 737-741.

VALLEJO, Jesús (1994c): "Leyes y jurisdicciones en el *Ordenamiento de Alcalá*", en Frank Waltman y Patricia Martínez de la Vega Mansilla, eds., *Textos y Concordancias del Ordenamiento de Alcalá,* Madison, The Hispanic Seminary of Medieval Studies, 1-19.

VALLEJO, Jesús (1998): "Acerca del fruto del árbol de los jueces. Escenarios de la justicia en la cultura del Ius Commune", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2, 19-46.

VIEHWEG, Theodor (1964): *Tópica y jurisprudencia*, trad. de L. Díez-Picazo Ponce de León, Madrid, Taurus.

VOLPINI, Paola (2004): *Lo spazio politico del 'letrado'. Juan Bautista Larrea magistrato e giurista nella monarchia di Filippo IV,* Bologna, Il Mulino.

ÍNDICE ANALÍTICO